Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 32 – n. 182
Outubro a Dezembro de 2011



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 32 - n. 182 - Outubro-Dezembro de 2011

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 32, n. 182

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. 182 (2011)- . -- 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 Judiciária
Departamento de Pesquisa e Documentação
Coordenadoria de Jurisprudência e Legislação
Parque dos Poderes – Bloco 13
CEP: 79.031-902 - Campo Grande - MS
Telefone: (67) 3314-1388
E-mail: jurisprudencia@tjms.jus.br

Capa

Departamento de Relações Públicas
Coordenadoria de Publicidade Institucional

Revisão

Marilza Moreno Comar

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

Diretoria

Presidente - Des. Luiz Carlos Santini

Vice-Presidente - Des. Hildebrando Coelho Neto

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Atapoã da Costa Feliz

Tribunal Pleno

(em ordem de antiguidade)

Des. Rubens Bergonzi Bossay

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Carlos Brandes Garcia

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

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

Des. Marco André Nogueira Hanson

Des. Manoel Mendes Carli

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Francisco Gerardo de Sousa (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

GESTÃO NO PODER JUDICIÁRIO E NOVOS PARADIGMAS

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny e Luiza Vieira Sá de Figueiredo. 007

ANÁLISE HISTÓRICA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Vinicius Pedrosa Santos 030

Jurisprudência Cível 050

Jurisprudência Criminal 410

Noticiário 530

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 533

Jurisprudência Criminal 536

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 539

Jurisprudência Criminal 544

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

DOUTRINA

GESTÃO NO PODER JUDICIÁRIO E NOVOS PARADIGMAS[1]

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná

Luiza Vieira Sá de Figueiredo
Juíza Substituta do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Importância da Gestão no Poder Judiciário: 2.1 Gestão e Ética. 2.2 Gestão e Orçamento. 2.3 Gestão e Planejamento. 2.4. Gestão e Tecnologia da Informação. 3 As Escolas de Magistratura. 4. Experiência Pessoal dos Autores: 4.1 No Estado do Paraná. 4.2 No Estado do Pará. 4.3. No Estado de Mato Grosso do Sul. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade mudou muito nesse último século. A evolução tecnológica alterou a concepção de tempo no intercâmbio das comunicações; o consumo em massa trouxe novos conflitos sociais; a complexidade das relações sociais gerou novas demandas para as quais o Poder Judiciário ainda não estava preparado, porquanto organizado em uma estrutura hierarquizada e burocrática, com rotinas incompatíveis com essa nova realidade.

Incapaz de atender às demandas que lhe eram impostas, o Judiciário passou a ser foco de análise e discussão de membros desse poder, da sociedade jurídica, da sociedade civil, da sociedade acadêmica, o que culminou no Poder Legislativo, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como "A reforma do Judiciário".

Críticas ou elogios à parte, o que se deve ressaltar nessa alteração da ordem constitucional é o legítimo anseio da sociedade e, sobretudo, da própria magistratura por mudanças. Novos paradigmas foram criados, como a inclusão da razoável duração do processo no rol dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna, além das reformas processuais que já vêm ocorrendo na legislação infraconstitucional ao longo dos últimos vinte anos e têm como objetivo simplificar o processo. Reformas essas a serem mais uma vez guindadas constitucionalmente com a "PEC do recurso", que pretende restringir as hipóteses de cabimento de recurso especial e extraordinário, bem como extinguir o efeito suspensivo aos recursos, os quais transitariam em julgado após manifestação definitiva da segunda instância.[2]

A Emenda n. 45/2004 criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário que exerce o controle da atuação administrativa e financeira desse poder e fiscaliza o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Igualmente, sem fazer juízo de valor acerca da atuação do Conselho, o que se observa é a

1 O presente artigo decorre de ideias discutidas no curso Capacitação em Poder Judiciário, oferecido pela Escola Nacional de Magistratura (ENM), credenciado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), na sede da AMB, em Brasília, no período de 5 a 9 de maio de 2011. A intenção dos autores é compartilhar e difundir os temas ali abordados.

2 A Emenda Constitucional n. 45/2004 foi decorrência do primeiro Pacto Republicano – esforço conjunto dos Três Poderes para aprovar mais rapidamente projetos de lei considerados benéficos para o Judiciário – assinado em 2004. Na sequência, o segundo Pacto Republicano foi assinado em 2009, e buscou uniformizar entendimentos de Juizados Especiais em todo o país para evitar situações de insegurança jurídica. A assinatura do terceiro pacto está prevista para agosto de 2011 e tem como objeto a "PEC do Recurso". Disponível em: < http://www.amb.com.br>. Acesso em: 31.7.2011.

tentativa de se unificar regras e procedimentos que eram distintos em cada Tribunal, ante a prerrogativa de auto-organização, e manter, contudo, autonomia para o regulamento das especificidades locais. Percebeu-se que, apesar de una, havia "várias magistraturas" dentro de uma mesma nação.

No âmbito do CNJ, foi criado o "Justiça em Números", indicadores que permitem a avaliação dos tribunais em relação à quantidade de processos, finanças, acesso à Justiça, dentre outros, viabilizando a análise do perfil de cada região e Estado do país, com base em informações sobre população e economia, através de dados disponibilizados pelos próprios tribunais sobre processos distribuídos e processos julgados, número de cargos de juízes ocupados e número de habitantes atendidos por juiz. O objetivo do CNJ é que os dados (por exemplo, taxa de congestionamento e carga de trabalho dos juízes) forneçam as bases para construção de políticas de gestão e possibilitem a avaliação da necessidade de criação de cargos e funções, bem como sejam referência para a criação de uma cultura de planejamento e gestão estratégica.[3]

Conforme aponta Serra, "*as estatísticas de desempenho são de fundamental importância para que a administração possa, apesar das limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, alocar a quantidade de pessoal e de investimento capaz de manter a prestação jurisdicional, em todas as comarcas do Estado, de forma eficiente e isonômica.*"[4]

Com efeito, observa-se no Poder Judiciário, enquanto organização pública, uma constante polaridade: a **unidade** – a instituição como poder uno na concepção política estabelecida na Carta de 1988 – e a **diversidade** – porque cada Estado possui um Tribunal; e dentro de um Estado (unidade da federação), existem vários tribunais (o da justiça estadual, o do trabalho, o eleitoral e, em alguns casos, também o militar e o federal).

As alterações ocorridas na sociedade, mencionadas alhures, não refletiram apenas no Poder Judiciário, mas antes, e sobremaneira, refletiram no setor privado, com reflexos no setor público, alcançando, assim, o Judiciário. O avanço da tecnologia e a velocidade das comunicações geraram a intensificação das relações econômicas entre os países. Nesse contexto, as empresas privadas tiveram de repensar seus modelos de gestão, porque as que não mudaram ficaram pelo caminho; não se sustentaram. As empresas de sucesso vêm se mantendo no mercado com base em determinados padrões de reinvenção de sua gestão e isso repercutiu nas organizações públicas que, embora não enfrentem o desafio de sobrevivência financeira e econômica no mercado tal quais as empresas privadas, lidam com manifestações do seu insucesso, por exemplo, a perda de prestígio e o descrédito da sociedade – e isso não tem preço. Dentre os caminhos que vêm sendo percorridos na reforma da gestão pública mundo a fora, podem ser destacados: o foco em resultados; a orientação para clientes e a transparência.

Tradicionalmente, a gestão pública tem sido feita com foco nos meios (recursos materiais e humanos) e nos produtos (julgamento: sentenças, acórdãos). Considerando, entretanto, que resultado em gestão é o **efeito** do produto ou serviço para a sociedade e não o produto ou serviço considerado em si mesmo, o questionamento que deve ser feito é: que efeitos o Poder Judiciário pretende causar no âmbito da sociedade?

Para Grangeia, devem-se buscar alternativas para a solução da **crise de gestão** que afeta o Poder Judiciário brasileiro, porquanto tal gestão ainda é baseada na burocracia da forma e da norma.[5] Serra, por sua vez, destaca a necessidade de se resgatar a boa imagem do Poder Judiciário perante o jurisdicionado: "*buscar e testar práticas judiciais sempre com o objetivo de implementar acesso à justiça, à efetividade e acima de tudo emprestando celeridade ao processo*".[6]

3 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

4 SERRA, Luiz Mello. **Gestão de serventias judiciais. Programa de Capacitação em Poder Judiciário**. Fundação Getúlio Vargas.

5 GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. **Administração Judiciária – Gestão Cartorária. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam)**.

6 SERRA, Luiz Mello. Op. cit.

Constatado o conflito entre a rápida evolução tecnológica e social e a manutenção das instituições públicas, bem como as peculiaridades do Poder Judiciário, deve-se considerar que o trabalho com gestão não irá causar mudanças imediatas. Tendo em conta que os instrumentos e estruturas rapidamente tornam-se obsoletos, a Gestão no Poder Judiciário é tarefa para uma década, ou para décadas, não para poucos anos. Diante disso, a grande questão é a preparação e o aperfeiçoamento das pessoas (magistrados, no enfoque dado por este artigo), bem como a formação de lideranças.

Nas próximas páginas, desenvolveremos algumas ideias em torno da importância da gestão **no** Poder Judiciário e **para** o Poder Judiciário, com destaque para a atuação das Escolas de Magistratura em um novo contexto social e institucional que se apresenta na atualidade. Ao final, uma contribuição pessoal dos autores, compartilhando suas experiências com gestão na vivência prática do exercício da jurisdição e com base nos cursos oferecidos ao longo desse período.

2 A IMPORTÂNCIA DA GESTÃO NO PODER JUDICIÁRIO

A resolução dos problemas atuais verificados quanto ao bom funcionamento do Poder Judiciário podem ser buscadas por meio de soluções externas, tais como as reformas constitucionais, reformas processuais através de alterações legislativas, e ainda medidas como, por exemplo, o estabelecimento de formas alternativas extrajudiciais de solução de controvérsias, impedindo que o conflito instalado chegue ao Judiciário, viabilizando sua composição sem ser necessária a intervenção judicial. Já como solução interna, atualmente, o principal foco existente é a adequada Administração da Justiça.

Para Grangeia, "*é consenso que a morosidade do Judiciário, em boa parte, é causada pela falta do emprego de técnicas de gestão nas atividades do cartório, bem como nas atividades do magistrado, como nos fluxos de sentenças, audiências, despachos, entre outras*." Isso porque "*o magistrado não recebeu na academia uma formação gerencial, revelando uma lacuna no aprendizado.*"[7]

Para a ciência da Administração, administrar é conduzir racionalmente as atividades de uma organização.[8] O administrador "*dimensiona recursos, planeja sua aplicação, desenvolve estratégias, efetua diagnósticos*".[9] E o ato de administrar é definido como o ato que envolve uma das funções administrativas: prever, organizar, comandar, coordenar e controlar.[10]

Em linhas gerais, quando se fala em **Administração Judiciária**, refere-se, grosso modo, à aplicação dos conceitos e das práticas da ciência da Administração voltadas para as finalidades do Poder Judiciário. É o emprego de técnicas e métodos de planejamento, gestão e controle voltados, direta ou indiretamente, à realização da atividade jurisdicional.

Embora ainda embrionário, o campo da Administração Judiciária (em sentido amplo) pode ser concebido sob três aspectos distintos e inter-relacionados, quais sejam, a política judiciária, a administração judiciária (em sentido estrito) e a administração jurisdicional.

A Política Judiciária "*abrange a atuação legislativa na elaboração de normas pertinentes ao sistema judiciário em geral*." Constitui as "*escolhas dos agentes políticos na contínua estruturação e reestruturação do sistema judiciário*." Os atos de política judiciária "*se efetivam em várias esferas de poder e em vários níveis: em nível constitucional, pelo poder constituinte derivado; em nível legal, por processo legislativo; nos tribunais, por construção jurisprudencial ou pela normatividade constante de seus regimentos internos*."[11]

7 **Boletim Enfam n. 9**, janeiro a março de 2011. Disponível em: <http://www.enfam.stj.jus.br.>

8 CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 1.

9 Idem, ibidem.

10 CHIAVENATTO, Idalberto. Op. cit. p. 102.

11 SILVA, Claudia Dantas Ferreira da. Administração judiciária: planejamento estratégico e a reforma do Judiciário brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 976, 4 mar. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8062>. Acesso em: 31 jul. 2011.

Já Administração Judiciária (em sentido estrito) é a "*atividade exteriorizada nas ações de planejamento, organização, direção e controle dos serviços administrativos necessários à operacionalizar a prestação jurisdicional. Esses serviços são usualmente denominados atividades-meio*".[12]

A Administração Jurisdicional, por fim, diz respeito à administração das atividades-fim, ou seja, "*das atividades próprias dos operadores do sistema judiciário, por eles mesmos executada*." É a administração "*dos meios necessários ou mais adequados à realização do Direito, no âmbito de atuação de determinado operador do direito*," como a administração dos magistrados de sua própria jurisdição, a envolver estratégias para a realização dos julgamentos de sua competência, por exemplo. [13]

Nesse contexto, a Administração da Justiça prevê a tomada de inúmeras reformas simultâneas, com a avaliação de medidas estruturantes, medidas desburocratizantes, medidas orçamentárias, criação de planejamento estratégico, reformas normativas e o investimento em tecnologia da informação.

Nos próximos tópicos, destacaremos a importância da gestão no Poder Judiciário, com ênfase em questões pontuais e ferramentas que podem e devem ser utilizadas para o aprimoramento das estruturas desse poder e da prestação jurisdicional que é a sua função precípua, sob o enfoque da atividade-meio (administração judiciária em sentido estrito) que repercute na atividade-fim (administração jurisdicional). São eles: ética; orçamento; planejamento e tecnologia da informação.

2.1 GESTÃO E ÉTICA

Conforme já disposto no presente texto, diante das recentes transformações que a sociedade brasileira vem passando, principalmente após o advento da Constituição da República de 1988 e a redemocratização do país, o Poder Judiciário passou a ficar no centro das atenções. Trata-se de algo novo, mas que o Poder Judiciário em verdade nunca buscou. Porém, em razão desta transformação social, necessitou o Poder Judiciário procurar uma forma de lidar com isso. E não se trata de tarefa fácil a partir do pressuposto de que nunca ficou nem está acostumado a permanecer nesta posição de destaque.

Não fora isso, verifica-se também em período recente processo de juvenilização dos magistrados iniciantes, situação que se deve a inúmeros fatores, tais como: a busca por profissão que evoque estabilidade e salário em patamar acima da média do mercado.

Acrescente-se o aumento significativo de serviço, provocando invencível acúmulo, também diretamente decorrente da nova ordem constitucional, e mais recente a criação do Conselho Nacional de Justiça. Tais situações vêm ocasionando dificuldades de gestão, em razão da falta de preparo e conhecimento administrativo.

De mais a mais, aumenta também a dificuldade de interpretar o direito e de lidar com o próprio direito. Inicia-se a busca por meios não jurisdicionais de solução de conflito, tal como: a cultura da conciliação e a mediação prévia extrajudicial. Os desafios são inúmeros, diante da cultura do litígio na formação do estudante de direito. Neste sentido, o meio jurídico acadêmico iniciou processo de percepção da necessidade de mudança da grade curricular e da pedagogia de ensino.

Diante disso tudo, importante a compreensão da ética. E neste sentido, compete ao Poder Judiciário inicialmente buscar a distinção entre ética de grupo e ética própria, visto que a ética é grande demais para se confinar em um pequeno grupo.

12 Idem, ibidem.

13 Idem, ibidem.

Quando se fala em uma pequena ética para um pequeno grupo, verifica-se a etiqueta. Trata-se de um conjunto de comportamentos desejáveis naquele grupo. Porém, ética tem um sentido e vocação muito maior. Em nome dela que todos os grupos conseguem e podem se relacionar. Deve, destarte, a ética transcender os pequenos grupos. Mais uma dificuldade para o Poder Judiciário, porquanto não estava acostumado com a publicidade de seus procedimentos, de suas decisões, de sua administração. E a ética do Poder Judiciário não pode restar circunscrita ao seu próprio grupo, deve abranger os jurisdicionados e a sociedade como um todo.

Vale dizer que a ética é a convivência com o outro. Em outras palavras, a ética diz respeito sempre ao outro, o que deve ser avaliado pelo Poder Judiciário. Deve, portanto, o Poder Judiciário buscar o que é considerado sempre pelo outro, pelo que ele tem de outro. Trata-se da chamada Outricidade.

Agir eticamente é agir tendo em vista a consideração que este outro demanda de mim. Para considerar o outro, é necessário conhecer sua identidade. Mas, não apenas, é necessário mais, é necessário conhecer a diferença. E para tanto, também é preciso ser afetado pelo outro, colocar-se no lugar do outro, sentir como o outro, sentir com o outro. Necessário, portanto, um despojamento dos rótulos pessoais. O desafio do Poder Judiciário, então, é fazer a consideração pelo outro no que o outro tem de outro, na sua singularidade, na sua diferença. Conhecê-lo, percebê-lo, mas, sobretudo, ser afetado por ele, sentir por ele. Porém, isto não acontece espontaneamente, como se vê da significativa dificuldade que o Poder Judiciário encontra para lidar com as novidades que lhe foram impostas em razão das mudanças contemporâneas.

Ainda no estudo da ética e da ciência do saber e do fazer, cumpre ao Poder Judiciário novamente avaliar o desenvolvimento do ensino jurídico. Na antiguidade, a ciência era o saber, que tornava as pessoas virtuosas. Ciência como sinônimo de virtude. Já a nossa ciência atual é a ciência do fazer. Saber só é importante enquanto e à medida que permite o fazer, visto que tudo desemboca no fazer, o que se denomina de técnica.

Com isso, a técnica vem ocupando espaço muito maior que a ciência. A técnica é um procedimento que conduz a um resultado, e na graduação do ensino de direito ensina-se apenas a técnica através da memorização. Da mesma forma, os Juízes vêm sendo cobrados pelo que fazem, de acordo com sua produtividade, dando-se valor significativo à estatística das decisões e sentenças.

No ensino jurídico, por sua vez, todos aprendemos "o fazer". Não fomos preparados para problematizar, mas apenas para resolver. O processo levado ao Poder Judiciário não é visto como forma de pacificação dos conflitos. "*O processo em verdade acaba apenas por dispersar ou aumentar o conflito, numa espécie de metástase jurídica*".[14] Cabe ao Poder Judiciário dar respostas, o que realmente é importante, e não ficar apenas discutindo. Contudo, para achar resposta é preciso pensar, discutir, avaliar.

Cumpre rememorar que cabe ao Poder Judiciário no âmbito administrativo buscar a resolução dos conflitos de acordo com o princípio da eficiência, atentando que a eficiência em nome da eficiência vira burocracia. Deve, então, o Poder Judiciário buscar a eficiência ética, em vez da eficiência burocrática. Na outra ponta desta relação, como visto, há a sociedade, o jurisdicionado, que precisa do serviço que se presta. Em nome da consideração para este outro, busca-se o aprimoramento constante da atividade realizada.

Na ética, portanto, o outro é que merece a consideração. O desafio é, primeiro, ter esta percepção, este sentimento. Segundo, é criar esta cultura no âmbito do Poder Judiciário. Terceiro, transformar esta cultura numa linguagem compreensível por toda a instituição e por toda a sociedade. Isto, porém, é muito difícil no mundo do fazer, e do fazer sempre mais rápido. A matematização do fazer dificulta bastante.

14 CUNHA, José Ricardo. **Ética e Poder Judiciário. Programa de Capacitação em Poder Judiciário**. Fundação Getúlio Vargas.

Ainda na lição do professor José Ricardo Cunha, ética exige um espírito de luta muito aguerrido, do qual não se pode renunciar. E para os atarefados magistrados brasileiros, assoberbados de serviço, dos quais se exigem o constante cumprimento de metas estatísticas, dificulta-se sobremaneira imiscuir tais conhecimentos, bem como tal postura, tornando-os Juízes efetivamente gestores e administradores.[15]

Em resumo, pode-se dizer que a consideração pelo outro é tão vital que é necessário que o outro nos reconheça. E o Poder Judiciário somente angariará reconhecimento por meio de sua efetiva organização e gestão, quando a consideração pelo outro o levar ao patamar certamente desejado por todos. A realização, por conseguinte, não depende apenas de nós mesmos. Sempre dependerá do outro. Além disso, nem sempre conseguimos realizar o que queremos. Enfim, nossa realização depende de como o outro nos olha; dependemos dele para nos realizar.

O efetivo reconhecimento vale para o que aceita a derrota, conforme a imposição da sentença. O outro que sabe que o juiz fez todo o possível para resolver a questão; ele agiu. Não se fala aqui do que ganhou. A realização é maior que isso. O reconhecimento provém de todos os jurisdicionados e da sociedade em geral.

Do estudo da ética, deve o Poder Judiciário buscar lição em um de seus princípios universais – a responsabilidade. De acordo com este comando, todos os juízes são responsáveis pelo mundo que está aí, todos os magistrados são responsáveis pelo Poder Judiciário que conhecemos. Tudo já estava como está, mas os juízes continuam a ser responsáveis. Deste modo, devem os integrantes do Poder Judiciário brigar para melhorar o que está errado, buscando meios e alternativas para denunciar quando for o caso, por exemplo, a estrutura precária do próprio poder no âmbito de sua Comarca.

Veja-se, por exemplo, que, na busca do atendimento do comando constitucional do menor tempo possível, da razoável duração do processo, deve o Poder Judiciário considerar, evitar e eliminar todo o tempo inútil ou morto. Não pode o processo ficar parado, antes de ir de um para outro lugar. Agir para amenizar este problema é tarefa que pode ser realizada por todos a qualquer tempo, em quaisquer condições, de acordo com os meios disponíveis, independente de quais sejam.

Vê-se daí uma ideia de solidariedade, de atuação constante, em que se tem a ética como fazer aquilo que se considera o melhor possível pelo outro. Responsabilidade ética exige uma postura diferente, ainda que se tenha a sensação de que o fazer sua parte é insuficiente. Fazer sua parte é discurso para aliviar a consciência. Mas, é preciso mais; é preciso agir para os outros.

Através da ética, busca-se recuperar e reparar os erros do passado, corrigir os equívocos (o outro que já passou); ainda orientar e prevenir, evitar erros no futuro, para as futuras gerações que estão por vir (o outro que nem existe). Estas são tarefas da nova ética, que devem ser adotadas dentro do Poder Judiciário também.

Transportando o estudo da ética na gestão e administração para a realidade atual do Poder Judiciário, verifica-se que a desculpa de falta de estrutura e desmotivação dos funcionários, por exemplo, não devem ser aceitas. É necessário engajamento de todos os envolvidos. Buscar resolver com os instrumentos disponíveis a resolução na medida do possível. Cada componente do Poder Judiciário deve fazer sua parte. Vale lembrar que ao menos ouvir sempre será possível. E se mais se puder fazer, assim deve ser feito.

2.2 GESTÃO E ORÇAMENTO

Segundo o estudo da Administração Pública, a reforma da gestão judiciária deve ser realizada por meio de alavancas. Estas devem trabalhar de forma sucessiva, sob pena da ocorrência de mudanças significativas e simultâneas criar um clima de insegurança e incertezas. Busca-se melhoria na qualidade

15 CUNHA, José Ricardo. **Ética e Poder Judiciário. Programa de Capacitação em Poder Judiciário**. Fundação Getúlio Vargas.

da gestão através destas alavancas, que bem utilizadas podem se constituir em extraordinário instrumento para gerar mudanças que promovam qualidade na prestação do serviço. Esta premissa é baseada em vasta experiência no mundo todo, nos ramos privado e público.

Entre as facetas que representam o trabalho de gestão, deve essencialmente o Poder Judiciário mudar a forma de tratar o orçamento. Este é ao mesmo tempo um instrumento para verificar se as coisas aconteceram como se queria (controle do que já aconteceu), assim como para planejar o futuro.

Orçamento refere-se ao emprego do dinheiro dentro de uma corporação, no caso o Poder Judiciário. Apenas estudar e iniciar um trabalho com isto, por si só, gera um quadro de grandes transformações. São geradas mudanças significativas inclusive na estrutura do Poder, o que por consequência causa dúvidas.

Porém, cumpre rememorar que o orçamento envolve conceitos familiares com o dia a dia, por exemplo, o equilíbrio entre o que se ganha e se gasta; tirar o máximo proveito dos recursos disponíveis (capacidade de extrair valor); poupar, investindo para o futuro (excedente entre o que se ganha e se gasta); como decidir sobre a renda e as despesas; conectar planos (futuro) com as decisões do dia a dia (curto prazo); calcular despesas e calcular custos (a Administração Pública brasileira só calcula despesas); e por fim verificar volume e qualidade das despesas.

Orçamento reflete sonhos, devaneios para o futuro. Nada evidencia mais a natureza humana do que a briga por dinheiro. Por consequência, as decisões envolvendo orçamento não são pura matemática. Possuem natureza abstrata, o que é facilmente perceptível pelos componentes do Poder Judiciário, diante de mudanças significativas de direcionamento, e grandes rupturas provocadas pelas mudanças de gestão na Administração dos Tribunais. Muitas vezes, os administradores do Poder Judiciário têm ao seu alcance mais de uma opção para resolver o problema. Mas, qual o custo de cada uma não se sabe. Assim, segue-se a intuição, com o que podem ser cometidos erros terríveis. Não fora isso, os Tribunais possuem diferentes tamanhos e diferentes características. São instituições distintas, que demandam soluções apropriadas. O que funciona em um lugar pode não funcionar em outro.

Recentes mudanças e novos parâmetros para a gestão orçamentária das organizações governamentais vêm provocando grande mobilização no mundo todo. No Brasil, por exemplo, o Poder Executivo acaba de implementar sistema de informação de custos, medida que encontra amparo na moderna gestão pública, e possui apoio da Fundação Getúlio Vargas no projeto e na concepção do sistema. Não é mais possível calcular apenas despesas. Sem o cálculo de custos não se percebe o real problema orçamentário. Trata-se de tendência que irá transbordar para os Estados federados e certamente em breve para os Tribunais.

As mudanças na sociedade atual são constantes, tal como, por exemplo, a abertura de conexões econômica, as inovações tecnológicas, o teor do ensino, o envelhecimento da população em razão do desenvolvimento da saúde, os novos direitos constitucionalizados, a democratização da sociedade brasileira, o pluralismo partidário etc. E tais mudanças aumentam a incerteza, também a complexidade da ação, e ainda a perplexidade (surpresas).

A partir das mudanças foi necessário repensar os sistemas de gestão na iniciativa privada, com a finalidade de evitar a quebra. Com a turbulência, as empresas de sucesso aprenderam a sobreviver com bases em determinados e novos padrões de reinvenção da gestão. A reengenharia nas empresas envolve o preparo para, em situações de incerteza e complexidade, mudar de produtos, de mercados, fazer rupturas, mudar as práticas, para sobreviver. Corte de custos foi necessário, assim como criar estruturas organizacionais mais simples (com menos níveis internos). Com isso, há corte de custos e agilidade na informação. Foi criada em organizações de sucesso uma cultura forte para convencer os funcionários a "vestir a camisa da empresa". Quem não conseguiu adaptar quebrou.

E o setor público também é afetado por todo o analisado acima. Enfrenta de forma diferente, visto que não quebra. Entretanto, as consequências são nefastas, uma vez que se dá a erosão da credibilidade do Poder Público junto à sociedade quando algo não funciona. Há perda de prestígio, incorrendo as instituições (incluso o Poder Judiciário) numa perda de fé por parte da sociedade. Conclui-se, então, que é preciso reformar a gestão pública. Mas, como fazer isso? Há menos controvérsia no diagnóstico e mais no prognóstico segundo o professor Armando Cunha.[16]

O Poder Judiciário também sofre implicações em razão das mudanças. Há em suma duas consequências. As implicações diretas, assim como as decorrentes dos outros Poderes, por meios judiciais. Isto porque os conflitos entre os entes federativos desembocam no Poder Judiciário. Em razão disso, entes federativos e poderes da República devem promover ações articuladas; quebrar as fronteiras clássicas, agindo de maneira interdependente, criando modelo moderno de gestão.

São novas trilhas para a reforma da gestão pública segundo a doutrina administrativa e o estilo de organização para além da busca da eficiência: 1) o foco em resultados; 2) a orientação para clientes; 3) a transparência; 4) o *Accountability*; 5) e as formas de organização para a provisão dos serviços públicos.

1) Foco em resultados

Organização precisa de meios, tais como: pessoas, recursos materiais, e legislação. Meios para entregar produtos, sendo o produto o que vai para fora, o que se entrega, o que a sociedade consome. Dentro da organização só há produto. Através dos meios e entrega de produtos, buscam-se resultados. Resultado, então, é o efeito do produto na sociedade.

Tradicionalmente, a gestão pública tem-se focado nos meios e produtos, mas não nos resultados. Quando as organizações estão seduzidas pelo produto, elas não mudam. E, atualmente, ainda prevalece a lógica do produto, sem avaliação do resultado, a chamada subversão da mão de direção.

Portanto, o primeiro fato que deve orientar a gestão pública é o foco em resultados. "*Que efeitos queremos causar na sociedade no âmbito da organização?*", deve ser a pergunta. Somente depois devemos buscar quais os produtos que queremos entregar e os meios utilizados para tanto. Resultados podem ser imediatos e mediatos. Os mediatos podem mascarar resultados a longo prazo. Os horizontes temporais (tempo em anos) dependem de cada situação e de cada instituição, de cada Tribunal.

Deve existir capacidade de monitorar os efeitos/resultados, por exemplo, com a criação de bancos de dados. Com isso, descobre-se que muitas vezes o resultado não é efeito da ação direta da empresa. Pode ser plural, por isso deve haver avaliação externa, e não apenas olhar para dentro. Isto muda completamente o padrão de gestão, visto que atualmente mais ninguém sozinho resolve grandes problemas. Cabe, então, num primeiro momento, retirar-se o foco da gestão orçamentária de dentro para fora, o chamado foco em resultados.

2) Orientação para 'clientes'

Ilustra a inspiração das reformas do setor público nas reformas das empresas. Trata-se de experiência empresarial, contudo atualmente o termo cliente foi trazido significativamente para a gestão pública.

Quando o Poder Judiciário dirime conflitos não é possível deixar todos satisfeitos, uma vez que alguém sempre perde. Além disso, impende destacar que os operadores do direito (advogados e representantes do Ministério Público) também são clientes. Conforto, fidalguia, respeito, não deixar esperar injustificadamente etc. são conceitos básicos. No setor público como um todo, o cliente também é eleitor e financiador (contribuinte que paga impostos).

16 CUNHA, Armando. **O orçamento como instrumento de planejamento e controle. Programa de Capacitação em Poder judiciári**o. Fundação Getúlio Vargas.

Um dos desafios da transposição deste estudo verifica-se no sentido de que nas empresas há o interesse individual do cliente, enquanto no setor público pode ser perigoso individualizar esta relação, visto que o interesse público deve ser predominante.

3) Transparência

A moderna gestão aposta na transparência, pois com ela se torna mais fácil a fiscalização da sociedade, que pressiona para a rápida concretização de mudanças neste setor. A transparência externa passa pela transparência interna, por exemplo, entre os membros do próprio Poder Judiciário.

Cumpre avaliar igualmente a tênue fronteira entre dar transparência e fazer propaganda. Incutir conclusão que lhe favorece configura propaganda, enquanto dar a informação para que outros tirem suas próprias conclusões refere-se à transparência. Além dos meios tradicionais de divulgação das atividades e demais informações, pode o Judiciário realizar audiências públicas para informar o que vem sendo feito.

4) *Accountability*

Aumentar o grau de *accountability*, termo que não possui tradução para o português, é conceito fundamental de gestão pública.

A doutrina especializada identifica duas dimensões do conceito de *accountability*: a capacidade de resposta dos governos (*answerability*), ou seja, a obrigação de os agentes públicos informarem e explicarem seus atos; e a capacidade (*enforcement*) de as agências de *accountability* impor sanções e perda de poder para aqueles que violaram os deveres públicos.[17] Nesse diapasão, "*a noção de accountability é, basicamente, bidimensional: envolve capacidade de resposta e capacidade de punição (answerability e enforcement)*".[18]

Significa o gestor público, funcionário, profissional, sentir-se obrigado a prestar contas do que faz e do que não faz, o que em regra promove mudanças. Mas, prestar contas a quem? Aos superiores e aos subordinados; mas também a chamada *accountability* horizontal, por exemplo, informar adequadamente a imprensa. A noção de *accountability* pressupõe a existência do poder e a necessidade de que este seja controlado.

5) Formas de organização para a provisão dos serviços públicos

Especificamente em relação à gestão orçamentária, recomenda-se ainda avaliar a duração do ciclo orçamentário. Com isso, sem a necessidade de leis novas e alterações constitucionais, os Tribunais possuem meios para alavancar sua gestão. O ciclo orçamentário não corresponde ao período anual, bienal etc. Isto porque no decorrer do ano se está preparando o orçamento do ano seguinte, ou seja, ainda se está em fase de execução e controle do orçamento do ano atual. Mas, além disso, já se iniciou a elaboração do orçamento do ano seguinte, e ainda se continua a controlar e executar as pendências do orçamento do ano anterior, e até mesmo de outros anos anteriores. Em resumo, ciclos orçamentários diversos encontram-se em vigor simultaneamente. Porém, em geral, no âmbito do Poder Judiciário, os ciclos não se comunicam entre si, sendo imperativo que os ciclos se comuniquem para facilitar o planejamento.

Além dos vários estágios do orçamento, como a elaboração, a aprovação, o controle e a execução, cumpre observar que cada um deles possui etapas. Exemplo: aprovação no Pleno/Órgão Especial, encaminhamento ao Poder Executivo, e depois envio ao Poder Legislativo por meio de Projeto de Lei.

17 CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. **Governança e *Accountability***: algumas notas introdutórias. Trabalho de conclusão de Curso (Especialização)–Universidade Federal de Santa Catarina, de Pós-Graduação em Administração, Santa Catarina, 2000.

18 Idem, ibidem.

Recomendam-se, para melhoria do ciclo orçamentário do Poder Judiciário, algumas medidas, como a democratização, a capacitação técnica, a transparência e a avaliação. Ainda, como visto, aumentar a conexão entre os ciclos, disseminar as informações (avaliação do passado para estudar o futuro), tornar o orçamento transparente para os magistrados, aumentar o poder concedido aos gestores e estabelecer convênios destinados a aperfeiçoar o sistema orçamentário.

De acordo com lições da iniciativa privada, deve-se igualmente combater a tendência de que "o grosso" do orçamento esteja todo consumido, questionando efetivamente como as instituições estão gastando o dinheiro atualmente. Após os questionamentos, é necessária a força política para implementar as mudanças. De mais a mais, o estudo da proposta orçamentária deve ser antecipado, com discussão intestina da organização.

E o início da realização da discussão do orçamento não é perguntar o que cada um precisa. Primeiro, porque tal questionamento vai causar uma disputa pelo dinheiro e recursos inerentes. O ponto de partida de uma discussão de orçamento é verificar quais são as prioridades, quais são os problemas. Para isso, serve o planejamento estratégico (que engloba vários anos). Formulando uma discussão sobre estas prioridades, passa a ter a organização (no caso o Poder Judiciário) uma visão dos grandes problemas, das grandes prioridades, e não simplesmente verifica o gestor o que cada um necessita, como na formulação de uma simples lista de compras.

Segundo Armando Cunha, o modelo radial de gestão orçamentária exige alto envolvimento de diversos setores do Tribunal para elaborar, controlar e executar o orçamento, com ampla interação, em vez de existir apenas um órgão de gestão orçamentária.[19] Mas todos devem não somente participar, e sim assumir sua responsabilidade neste processo. Não se recomenda, contudo, a pulverização ilimitada, sendo impossível, por exemplo, ouvir todas as comarcas que compõem um Tribunal. Pode-se pensar, todavia, na reunião de grupo de comarcas por regiões ou interesses em comum, com gestores (e processo de interação) próprios.

A ideia de participação precisa ser esmiuçada de qual forma será levada à prática, visto que nada está pronto, tudo ainda precisa ser construído. Vale destacar que, se não houver capacitação, corre-se o risco de desmoralizar boas ideias, tornando um ambiente de cooperação em prejudicial competição. Não é mera participação, mas sim um sistema complexo, que deve levar em consideração argumentos técnicos de gestão, mediante estudo e aperfeiçoamento dos envolvidos (no caso os magistrados), tudo aliado à insistência e persistência dos líderes, evitando que os Juízes sejam escravizados pela gestão, ou que o sistema não funcione por não observância destes procedimentos, e com isso se volte ao *status quo*.

2.3 GESTÃO E PLANEJAMENTO

De acordo com a Teoria Geral da Administração, são funções básicas do administrador: o planejamento, a organização, a direção e o controle.[20] O planejamento é a primeira função administrativa, por servir de base para as demais. Constitui-se em "*modelo teórico para a ação futura*"[21], ou seja, determina o que deve ser feito, os objetivos a serem alcançados, quais controles serão adotados e que tipo de gerenciamento será necessário para a obtenção de resultados satisfatórios.[22] Nas palavras de Chiavenato, "*planejar é definir os objetivos e escolher antecipadamente o melhor curso de ação para alcançá-los. O planejamento define onde se pretende chegar, o que deve ser feito, quando, como e em que sequência".*[23]

19 CUNHA, Armando. **O orçamento como instrumento de planejamento e controle. Programa de Capacitação em Poder Judiciário**. Fundação Getúlio Vargas.

20 CHIAVENATO, Idalberto. Op. cit., p. 255.

21 CHIAVENATO, Idalberto. Op. cit., p. 255.

22 **Manual de Implementação de Planejamento Estratégico para Cartórios**. Brasília: ENFAM, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. 2011.

23 CHIAVENATO, Idalberto apud SILVA, Claudia Dantas Ferreira da. Administração judiciária: planejamento estratégico e a reforma do Judiciário brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 976, 4 mar. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8062>. Acesso em: 31 jul. 2011.

As funções administrativas, no entanto, estão intrinsecamente relacionadas e devem ser realizadas de forma coordenada, direcionadas pelo planejamento, cujos objetivos "*variam quanto ao grau de importância, abrangência, amplitude e detalhamento e apresentam-se em uma escala hierárquica que vai dos objetivos globais (de maior amplitude e menor detalhamento) aos objetivos operativos ou operacionais (de menor amplitude e maior detalhamento)*".[24]

O planejamento proporciona senso de direção; focalização de esforços (não se "atira" para todo o lado); maximização da eficiência; definição de parâmetros de controle; atuação como fonte de motivação e comprometimento (mais importante que planejar é a realização do plano, o que causa envolvimento e motivação); potencialização do autoconhecimento organizacional; e garantia de consistência entre as decisões e os resultados desejados. Planejamento não diz respeito a decisões futuras, mas sim implicações futuras de decisões de hoje.

A própria Constituição da República, em seu artigo 96, trata do Juiz Administrador, ao dispor sobre a competência dos tribunais para organizar as secretarias e serviços auxiliares e os juízos, sendo então responsabilidade dos integrantes do próprio Poder Judiciário o trabalho de gestão e planejamento.

O atual estilo brasileiro de administrar, que possui fortes raízes no Poder Judiciário, prevê a concentração de poder.[25] A autoridade é vista como forma de estabelecer e manter a ordem, por meio de um estilo de liderança autocrático. Deste modo, há dificuldade de implementação de práticas participativas. Também o personalismo, em que se verifica a força das relações pessoais e redes de contato, com importância do pertencimento a um grupo. O estilo de liderança neste caso é carismático.

O Administrador brasileiro em regra também possui postura de espectador, com receio da mudança. Há uma reduzida capacidade para assumir riscos, e, muitas vezes, transfere-se a responsabilidade para o próximo administrador ou para terceiros. No mesmo sentido, há aversão ao conflito, com não participação ou intermediação. O líder muitas vezes trabalha com a lealdade pessoal, fazendo a interligação entre os grupos de acordo com interesses pessoais. Da mesma forma, há excesso de paternalismo nas relações pessoais.

No Poder Judiciário ainda se vê excesso de formalismo e dependência de normas. Assim, controla-se a incerteza por meio de leis e regras. Quando se quebram os paradigmas, a flexibilidade se dá por meio do "jeitinho" brasileiro de resolver problemas, e via de regra sem o chamado "plano B". Ademais, há na administração brasileira a impunidade em relação aos ineficientes, além da não premiação dos merecedores. Os que erram permanecem impunes; há tolerância, o que cria um clima organizacional de baixa motivação e permissividade com o erro.

Entretanto, é necessário atentar que algumas características possuem aspectos positivos e devem ser valorizadas quando se trabalha com gestão. A lealdade pessoal e a interligação entre os grupos divergentes, por exemplo. Ainda o personalismo, porquanto o carisma muitas vezes motiva a equipe. Algumas vezes também o paternalismo, por sentir-se o funcionário protegido. A flexibilidade igualmente possui importância, desde que exista um planejamento concreto na unidade judicial.

24 Idem, ibidem.

25 De acordo com estudos realizados no âmbito da administração privada, foram destacados nove estilos brasileiros de administrar: 1) Concentração do poder: autoridade é vista como forma de estabelecer e manter a ordem; liderança autocrática; dificuldade de implementação de práticas participativas. 2) personalismo: força das relações sociais e redes de contato; liderança carismática. 3) Postura de espectador: medo da mudança; transferência de responsabilidade; reduzido espírito de iniciativa. 4) Aversão ao conflito: não participação em situações de confronto; processo e relações são mais importantes que a realização. 5) Formalismo: controle da incerteza por meio de leis e regras; excessiva dependência de normas e regulamentos; maior estabilidade na relação entre líderes e liderados. 6) Lealdade pessoal: líder faz a interligação entre os grupos; coesão pessoal obtida com a lealdade pessoal; informação e comunicação seguem canais da lealdade (faz o que fala, por exemplo). 7) Paternalismo: líder reproduz o papel de pai protetor; preenchimento de cargos por confiança ou relações pessoais. 8) Flexibilidade: "jeitinho brasileiro" de resolver problemas; agilidade para se ajustar ás mudanças do ambiente; criatividade; adaptação perante novas situações. 9) Impunidade: não punição dos ineficientes; não premiação dos merecedores; tolerância generalizada com todo o grupo social; clima organizacional de baixa motivação e permissividade. QUINEIRO, Jeverson. Gestão de Serventias Judiciais. Aula ministrada no curso Capacitação em Poder Judiciário. Brasília: ENM/FGV, 2011.

A Administração Pública brasileira também possui visão imediatista, com priorização do curto prazo. Há desvalorização do planejamento, ou muitas vezes apenas o planejamento estratégico, sem os necessários planejamentos tático e operacional. Adotam-se estruturas organizacionais piramidais, com elevada distância hierárquica. O sistema de tomada de decisões é centralizado e autocrático. O controle é episódico, de caráter punitivo. As relações interpessoais são baseadas na docilidade e no respeito pelo poder constituído. Existe grande distância entre o discurso e a prática.

Administração é um processo que consiste na coordenação do trabalho dos membros da organização e na alocação dos recursos organizacionais para alcançar os objetivos estabelecidos de uma forma eficaz e eficiente. Os administradores ou gestores são os membros que têm como função guiar as organizações de forma a alcançar o seu propósito.

São funções clássicas desempenhadas pelos Gestores: o Planejamento, a Organização, a Direção e o Controle. Planejamento é a função da administração responsável pela definição dos objetivos da organização e pela concepção de planos que integram e coordenam suas atividades. Má alocação de recursos é falta de planejamento. Um dos princípios de planejamento é que seja precedente, ocorra antes de tudo. Organizar é criar condições para que o planejamento seja realizado. Escolher pessoas para realizar o planejamento é a fase da direção. Após a realização, faz-se o controle do que foi realizado.

Com o planejamento, buscam-se não somente objetivos, mas também o atingimento de metas. A meta é um objetivo qualificado pelo tempo e pela objetividade. Como exemplo, tem-se como objetivo reduzir o estoque de determinada vara. Já a meta será a redução integral do estoque no prazo de seis meses.

Na busca dos objetivos e metas, deve o gestor traçar estratégias para neutralizar os pontos fracos e ressaltar os pontos fortes existentes no âmbito de sua administração. Deve inclusive trabalhar sempre com as possíveis e concretas ameaças, e também com as oportunidades. Exemplo disso é a estatização de um cartório determinada pelo Tribunal ou pelo Conselho Nacional de Justiça. Mudam os funcionários, muda a motivação, muda a experiência, mudam os vícios. No que se refere aos funcionários, a propósito, cabe ao gestor sempre buscar e ressaltar os pontos positivos de cada um.

O planejamento divide-se em estratégico, tático e operacional, no qual se buscam os objetivos e metas. O planejamento estratégico serve de base para os planejamentos tático e operacional. O planejamento tático trata dos meios para atingir os objetivos e metas. Mas, primeiro identifica os procedimentos e processos específicos, definindo as metas e a forma de controle. Cumpre salientar que sempre deve ser feita a medição do que se realiza, ou seja, o controle. O planejamento operacional, por sua vez, refere-se aos métodos operacionais e alocação de recursos. Traduz os objetivos gerais em específicos, como parte do plano.

Dentro da gestão de uma empresa, o planejamento estratégico realiza-se institucionalmente. Este é macro e longo, necessitando de três anos ou mais para consolidar-se. No nível intermediário da instituição, tem-se o planejamento tático, que é mais detalhado e aborda cada setor/unidade separadamente. No Poder Judiciário, por exemplo, engloba os departamentos de um Tribunal, as Varas e Comarcas. O planejamento tático costuma ser avaliado anualmente. Por fim, o nível/planejamento operacional é detalhado e analítico. Deve ser curto (planejamento por dias, semanas, ou meses), e as tarefas são analisadas isoladamente.

Organização, como visto, refere-se à distribuição de tarefas e escolha de membros da organização. Direção significa liderar, motivar, e coordenar os trabalhadores no desenvolvimento de suas tarefas e atividades. Motivação possui significativa importância, sendo de responsabilidade do líder, que nunca deve negativar os processos de trabalho. Liderança, portanto, é o processo pelo qual o indivíduo influencia outros para alcançar os objetivos desejados.

E quanto ao controle, trata-se da função da administração que assegura que os objetivos estão sendo alcançados. Controle consiste na monitoração, na avaliação do desempenho da organização, na comparação do desempenho com os objetivos planejados, na correção dos desvios que se verifiquem. Controle envolve definição de medidas de desempenho, verificação sistemática do desempenho efetivo, comparação entre os padrões planejados e ocorridos, conferência. Muitas vezes é exercido sobre características numéricas, estatísticas. Para produtos, são itens de controle a qualidade, o custo, a entrega (tempo de realização do ato), assim como a quantidade (qualidade x estatística).

Cumpre ao Poder Judiciário, contudo, avaliar também que o controle para pessoas (não produtos) leva em consideração a moral, a correção, a honestidade, a segurança e a confiança. E, para efetivação das metas almejadas, cabe ao Judiciário fazer monitoração constante, ou seja, exercer controle efetivo e contínuo do planejamento adotado.

2.4 GESTÃO E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

Vivemos atualmente no que se convencionou chamar de **sociedade da informação**, decorrência de um processo de transformação que teve como marco, no século XV, a Tipografia, a qual viabilizou a transmissão do conhecimento de forma mais barata, por isso mais acessível a um maior número de pessoas. Na sequência, outra grande transformação, que se sedimentou ao longo do século XX, foi o aperfeiçoamento dos meios de comunicação: rádio, televisão e *Internet*, permitindo que a informação acompanhe a dinamicidade dos acontecimentos em tempo real.

Sociedade da informação é a "*sociedade que recorre predominantemente às tecnologias da informação e comunicação para a troca de informação em formato digital, suportando a interação entre indivíduos e entre estes e instituições, recorrendo a práticas e métodos em construção permanente*"[26] ou ainda "*um estágio de desenvolvimento social caracterizado pela capacidade de seus membros (cidadãos, empresas e administração pública) de obter e compartilhar qualquer informação, instantaneamente, de qualquer lugar e da maneira mais adequada.*"[27] Em ambos os conceitos, podemos identificar que os avanços tecnológicos influenciam as relações de poder e trazem a informação como elemento central da sociedade contemporânea.

Com efeito, a evolução tecnológica alterou a concepção de tempo no intercâmbio das comunicações, aproximando distâncias que anteriormente pareciam intransponíveis e trazendo um novo paradigma de valor para a sociedade: a informação, que reunida de forma coerente, transforma-se em conhecimento. A empresa *Google*, por exemplo, uma das mais renomadas da atualidade, trabalha apenas com informação. Não possui fábricas tampouco indústrias, mas apenas informação.

Essas mudanças ocorridas na sociedade refletiram na esfera de atuação do Poder Público, de forma geral, e também do Poder Judiciário. Os recursos públicos são finitos, e não adianta pensar que mais irá resolver as novas demandas do setor público: é necessário pensar em outros tipos de solução; e a tecnologia pode ser uma grande aliada nesse processo de transformação. No caso do Poder Judiciário, por exemplo, em vez de se pensar em mais servidores, o caminho é investir em tecnologia, especialmente no tocante às atividades da área-meio, para que o material humano possa ser utilizado essencialmente na sua área-fim de atuação.

A Justiça brasileira está buscando na informática e na automação a âncora para aproximar-se dos seus objetivos: servir ao cidadão e garantir a observância às leis. O Poder Judiciário, tanto nacional, quanto estadual, tem procurado modernizar procedimentos e reduzir a distância entre a Justiça e a sociedade,

26 GOUVEIA, Luis Manuel Borges; GAIO, Sofia. **Sociedade da Informação**: balanço e oportunidades. Edições Universidade Fernando Pessoa, 2004.
27 GRUPO TELEFÔNICA. **A Sociedade da Informação** - Presente e Perspectivas. ISBN: 85-89385-01-9, p. 16, 2002.

combatendo a lentidão da tramitação dos processos e visando ao aumento da eficiência.[28] Para acompanhar a realidade e atender às expectativas desse novo mundo, é necessário usar as estradas digitais e não mais corredores. Os dados, por exemplo, devem ser transportados por infovias e não mais fisicamente. Estamos falando do processo digital.

O pontapé inicial foi dado com a promulgação da Lei n. 9.800/99, "*a primeira a admitir o uso das tecnologias da informação para o desenvolvimento de sistemas de comunicação de atos processuais.*" Foi o primeiro passo no caminho da transformação da natureza física (suporte material em papel) do processo judicial, mas o que ela possibilitou, em verdade, foi "*o trânsito de petições em meio eletrônico, as quais, chegando aos provedores informáticos dos tribunais, eram impressas em papel e anexadas ao processo físico*."[29]

Em 2001, a tentativa de se estabelecer o processo judicial virtual, com a alteração da redação do artigo 154 do Código de Processo Civil, acrescentando um parágrafo único, foi vetada pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso. O veto teria sido motivado pela preocupação decorrente da possibilidade de cada Tribunal desenvolver seu próprio sistema de certificação eletrônica, em detrimento da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), autoridade certificadora vinculada ao Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), autarquia federal ligada à Casa Civil da Presidência da República.

A Lei n. 11.382/2006 alterou diversos dispositivos do Código de Processo Civil relativos ao processo de execução de título extrajudicial e inseriu no ordenamento jurídico a penhora *on-line* (artigo 655-A) e do leilão *on-line* (artigo 689-A). Institutos já conhecidos na ciência processual, agora poderiam ser realizados sob a forma *on-line*, ou seja, com a utilização de ferramentas tecnológicas.

No tocante ao processo judicial eletrônico, nova alteração legislativa foi proposta (Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006), desta vez com êxito, alterando-se o artigo 154 do Código de Processo Civil alhures referido, admitindo-se o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais, devendo a certificação digital ser realizada pela ICP-Brasil.

Em Mato Grosso do Sul, por exemplo, existe um projeto de informatização do Judiciário estadual que vem digitalizando diversas varas desde 2010, transformando várias comarcas do interior em comarcas digitais. Atualmente, as comarcas digitais abrangem quase metade das comarcas do Estado e a meta é chegar ao final do ano de 2011 com mais da metade e com a totalidade delas até o final de 2014, ocasião em que somente serão distribuídos processos digitais no Poder Judiciário sul-mato-grossense.[30]

As alterações legislativas alhures mencionadas estão mais focadas para a atividade-fim, otimizando a prestação jurisdicional. Mas, a tecnologia da informação é também ferramenta útil para se reduzir custos com o transporte da comunicação interna entre os órgãos da estrutura do Poder Judiciário – tanto em nível macro entre tribunais quanto em nível micro na unidade judiciária – cartório e gabinete do juiz. E ainda para viabilizar serviços aos cidadãos, por exemplo, a emissão de certidões pela *Internet*, evitando-se filas e direcionando o atendimento ao público para questões que não podem ser delegadas à informática.

Em suma, as ações que já vêm sendo realizadas e devem ser incrementadas buscam construir uma Justiça mais rápida, transparente e acessível com o uso das Tecnologias da Informação e quem ganha é o Poder Judiciário, que consolida sua função constitucional com a sociedade, ganhando maior credibilidade e confiança.

28 NAZARENO, Claudio et al. **Tecnologias da informação e sociedade:** o panorama brasileiro. Brasília: Plenarium – Editora da Câmara dos Deputdos, 2007.

29 REINALDO FILHO, Demócrito. A Informatização Do Processo Judicial – Da "Lei do Fax" à Lei 11.419/06: uma breve retrospectiva legislativa. **SISNET**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310107.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2011.

30 Notícias publicadas pela assessoria de imprensa do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/noticias>. Acesso em: 12 out. 2011.

3 AS ESCOLAS DE MAGISTRATURA

Considerando que o material humano é o principal meio para se alcançar o resultado pretendido pelo Poder Judiciário com a sociedade, não há pensar e tentar implementar um Judiciário diferente se não houver mudanças na magistratura, pois são seus membros que administram e conduzem o Poder Judiciário.

Em suma, a solução para um Judiciário melhor é capacitação de seus membros. Nalini sabiamente afirma que "*a qualidade da Justiça está intimamente vinculada à qualidade humana de seus quadros*", razão pela qual, "*um organismo formador de Magistratura mais qualificada é instrumento dos mais valiosos na consecução do nível democrático que aspira a nacionalidade.*"[31] Nesse contexto, sobressai o papel das Escolas de Magistratura para a consolidação das mudanças que se pretendem sejam realizadas no âmbito do Poder Judiciário.

A formação de seus juízes é questão discutida na magistratura de todo o mundo. Estruturas e procedimentos tornam-se rapidamente obsoletos. A questão crucial é a formação de pessoas, formação de lideranças. No Poder Judiciário, essa questão ganha relevância, porquanto o principal recurso de um Tribunal são **pessoas**, sejam magistrados, sejam servidores.

Sálvio de Figueiredo Teixeira sustenta que a Magistratura, carreira de especificidade singular, "*não pode ter seus quadros preenchidos por profissionais que receberam apenas uma formação genérica para o desempenho de qualquer profissão jurídica. É imprescindível uma formação específica*."[32] Nesse ponto, o curso de formação deve preparar o candidato para as múltiplas dimensões que envolvem o desempenho da função jurisdicional.

Segundo Boaventura de Souza Santos, está-se diante de necessidade urgente de dotar os magistrados de "*conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os esclareçam sobre suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem, com vista a possibilitar-lhes certo distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções numa sociedade cada vez mais complexa e mais dinâmica*."[33] Daí, falar-se na formação permanente e interdisciplinar do magistrado. A formação permanente do magistrado é concebida em dois momentos distintos: a inicial e a continuada. A primeira se dá no início da carreira, antes da posse ou logo após essa, em curso de formação específico para o ingresso. Já a formação continuada é realizada ao longo de toda a carreira, com destaque para o período de vitaliciamento.

A já mencionada Emenda n. 45/2004 criou também a **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados**, a Enfam, com competência para regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira (artigo 105, parágrafo único, II, da CF). Apesar de já haver previsão constitucional de realização de cursos para promoção na carreira, a emenda veio consolidar essa premissa.

Em recente resolução (n. 126, de 22.2.2011), o Conselho Nacional de Justiça dispôs sobre o Plano Nacional de Capacitação Judicial de magistrados e servidores do Poder Judiciário (PNCJ), estabelecendo um conjunto de diretrizes norteadoras das ações promovidas pelas Escolas Judiciais brasileiras na formação e aperfeiçoamento de magistrados e servidores do Poder Judiciário. A intenção do CNJ foi de integrar estas Escolas em um sistema harmônico e conjugar os esforços de cada uma, na busca pelo ideal comum de excelência técnica e ética da Magistratura nacional e dos servidores da Justiça.[34]

31 NALINI, José Renato. A democratização da administração dos tribunais in: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 170.

32 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz**: Seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 93.

33 NALINI, José Renato. Op. cit., p. 180.

34 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

Conforme previsão expressa, o PNCJ inclui apenas os aspectos comuns aos distintos ramos do Poder Judiciário, cabendo a cada Escola Judicial desenvolver seus programas específicos, observando as diretrizes gerais emanadas do Plano e incrementando-as de acordo com suas características e necessidades próprias. O Sistema Nacional de Capacitação Judicial (SNCJ) é coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça e composto pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam); pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat); pela Escola Judicial Eleitoral (EJE); pelo Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Militar (CEJM); pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ); e pelo Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Poder Judiciário (CEAJud), instituído pela Resolução CNJ n. 111/2010.

De acordo com a resolução, a Capacitação Judicial será desenvolvida na modalidade de formação inicial, formação continuada e formação de formadores (multiplicadores). A formação inicial envolve o curso de seleção de magistrados e servidores, como etapa final do concurso para provimento de cargos, com duração mínima de um mês e avaliação final obrigatória, bem como os cursos de aperfeiçoamento ministrados aos magistrados em fase de vitaliciamento e aos servidores em estágio probatório, também com avaliação. Os Tribunais que optarem pela não inclusão do curso de seleção como etapa final do concurso terão o conteúdo programático desse curso ministrado nas mesmas condições, como primeira etapa da formação inicial do magistrado empossado. A formação continuada abarca todos os cursos de aperfeiçoamento e atualização feitos, ao longo da carreira, pelos magistrados vitaliciados e pelos servidores em geral. A formação de formadores terá por finalidade a preparação de professores especializados tanto na formação e aperfeiçoamento de magistrados quanto de servidores.

O bom desempenho e avaliação do magistrado nos cursos de formação inicial e continuada será fator a ser mensurado na promoção por merecimento (Resolução n. 106 do CNJ), conforme preceitua o artigo 3º, § 5º, da Resolução n. 126/2011, que também traz, no artigo 5º, o núcleo básico mínimo das matérias a serem ministradas na formação inicial dos magistrados, com ênfase na formação humanística. Caso não seja oferecido o curso de formação para ingresso na magistratura, essas matérias devem ser obrigatoriamente observadas nos cursos de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento (artigo 21).

Esse tema foi novamente discutido pela Enfam ao editar a Resolução n. 1, de 6.6.2011, com a diferença que, para a Escola Nacional, o curso de formação inicial deve ser oferecido como etapa final do concurso público de ingresso na carreira com remuneração não inferior a 50% da remuneração do cargo inicial da carreira a que o concurso se refere (artigo 1º). No tocante aos cursos de aperfeiçoamento, a carga horária mínima é que distingue o curso para fins de vitaliciamento (60 h/a por ano) do de promoção por merecimento (40 h/a por ano). Em todos os casos (formação inicial e continuada), há previsão de conteúdo programático mínimo, com ênfase aos aspectos humanísticos, à ética e à deontologia da magistratura, à administração judiciária e à gestão de pessoas.

A habilitação para o vitaliciamento ou para a promoção por merecimento pode decorrer também de titulação em cursos contratados ou conveniados pelo Poder Judiciário ou pelas Escolas Judiciais, desde que conveniados ou credenciados pela Enfam. Somente serão credenciados pela Enfam cursos que observem as diretrizes traçadas para os conteúdos programáticos mínimos estabelecidos no ato normativo em questão. A resolução prevê também cursos de formação de formadores e cursos de pós-graduação (*lato sensu*, mestrado e doutorado), a serem oferecidos diretamente pela Enfam e pelas Escolas Judiciais ou em parceria com instituições de ensino superior, cuja titulação igualmente habilitará o magistrado para o vitaliciamento ou para a promoção por merecimento.

Nesse contexto, não se pode deixar de destacar o papel preponderante que vem desempenhando a Escola Nacional de Magistrados, oferecendo cursos em diversas áreas do conhecimento e, recentemente, firmando convênios para ampliar a formação dos magistrados através da organização de eventos, cursos e

seminários, com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat)[35], com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam)[36], com Escola Nacional da Magistratura Francesa[37] e com Universidades[38], com o escopo de dar mobilidade a todos os magistrados do país para participar de variados eventos em diversas áreas do conhecimento, conforme externou o seu diretor-presidente, Juiz Roberto Bacellar.

O propósito da Escola Nacional, por sua vez, de acordo com o seu diretor-geral, Ministro Cesar Asfor Rocha, é promover o intercâmbio de conhecimentos, experiências e informações, visando à formação e ao aperfeiçoamento dos magistrados brasileiros. Na ocasião do convênio firmado entre a ENM e a Enfam, destacou-se que a troca de experiências e o desenvolvimento de recursos humanos fortalecem o Poder Judiciário, através da atualização e formação dos magistrados.[39]

Com efeito, o que se observa é o movimento nacional e tendente a ser realizado de forma integrada em razão dos convênios e acordos de cooperação que vêm sendo firmados entre instituições, de se manter o contato com os vários segmentos da Magistratura (estadual, federal, do trabalho, militar), ampliando a política de formação dos magistrados. O avanço da tecnologia, por outro lado, é um aliado, visto que, cada vez mais, são oferecidas vagas em cursos na modalidade à distância, permitindo que o magistrado não se ausente de sua unidade judiciária para se capacitar.[40]

A Enfam, assumindo seu papel constitucional, reuniu as escolas de magistratura de todo o país para elaborar um planejamento estratégico para os próximos cinco anos, com o objetivo de "*aprimorar a seleção e promover a formação continuada e aperfeiçoamento do magistrado, de forma a contribuir para uma prestação jurisdicionais mais célere e efetiva, bem como fomentar a produção acadêmica e a interação, a cooperação e troca de experiências entre as escolas de magistratura do Brasil e as estrangeiras*". [41]

O Plano Nacional de Educação para o quinquênio, coordenado pela pedagoga Marizete da Silva Oliveira e elaborado por servidores da Enfam e das escolas de magistratura vinculadas, é baseado no Modelo Educacional e nas normas da Enfam, estabelecendo diretrizes para ações de formação e aperfeiçoamento destinadas aos magistrados que atuam nas esferas judiciais estaduais e federais, bem como para os servidores a eles vinculados, especificamente nos casos dos cursos e programas de formação de formadores e pós-graduação. [42]

A intenção, segundo a Enfam, "*é contribuir na construção de uma cultura voltada para adoção de ações educacionais que contribuam para o enfrentamento dos desafios inerentes à atuação profissional dos magistrados*". Por isso, a parceria com as escolas para a construção de "*uma cultura judiciária brasileira comum e orientada pelos preceitos da educação humanística*".[43]

---

35 "*ENM e Enamat definem parceria para ampliar formação*". Notícia publicada em 7.6.2011. Disponível em: <http://www.enm.org.br>.

36 "*AMB e ENM assinam acordo de cooperação com Enfam*". Notícia publicada em 7.4.2011. O convênio pretende integrar as Escolas de Magistratura do País com a maior Associação de Juízes da América Latina, para oferecer cursos e eventos que ajudem no aprimoramento da atividade judicial e, consequentemente, da prestação jurisdicional da Magistratura brasileira. Disponível em: <http://www.enm.org.br>.

37 Ainda em fase de discussão, conforme notícia publicada em 27.5.2011 "ENM discute parceria com Escola Francesa". Disponível em: <http://www.enm.org.br>. Ver também "*ENM e Escola da Magistratura Francesa discutem parcerias*". Notícia publicada em 26.4.2011. Na ocasião, esteve em pauta o curso "Formação de Formadores", que ocorrerá de 10 a 21 de outubro na Escola de Magistratura Francesa. As atividades do curso terão como finalidade a formação de formadores para atuarem nas escolas de Magistratura brasileira.

38 "*ENM firma convênio com a PUC-Rio*". Notícia publicada em 26.5.2011. Ver também "*ENM busca parceria em cursos de pós-graduação*". Notícia publicada em 29.3.2011 que relata reunião entre representantes da ENM e do Instituto Brasiliense do Direito Público (IDP) para tratar do termo de convênio em cursos de pós-graduação para Magistrados na área de políticas públicas e gestão judiciária. Disponível em: <http://www.enm.org.br>.

39 **Boletim Enfam n. 9**, janeiro a março de 2011. Disponível em: <http://www.enfam.stj.jus.br>.

40 O Ensino à Distância tem sido objeto de investimentos por parte da Enfam, do CNJ e da ENM.

41 Notícia publicada no *site* da Enfam. "*Secretário da Enfam anuncia curso sobre planejamento estratégico para escolas de magistratura.*" Disponível em: <http://www.enfam.stj.jus.br>.

42 Notícia publicada no *site* da Enfam. "*Secretário e técnicos da Enfam apresentam às escolas de magistratura Plano Nacional de Educação para os próximos cinco anos*". Disponível em: <http://www.enfam.stj.jus.br>.

43 Notícia publicada no *site* da Enfam. "*Secretário e técnicos da Enfam apresentam às escolas de magistratura Plano Nacional de Educação para os próximos cinco anos*". Disponível em: <http://www.enfam.stj.jus.br>.

Ainda de acordo com a Enfam, "*o Plano Nacional de Educação proposto objetiva apresentar direcionamento geral para o sistema de formação, aperfeiçoamento de magistrados e cursos de formação de formadores, de forma a garantir a qualidade de tais ações*". Entre as metas para o período, estão: o apoio às parcerias para oferta de cursos de pós-graduação para magistrados e servidores; elaboração de Plano Anual de Capacitação da Enfam, também em parceria com as escolas de magistratura; promoção e incentivo às pesquisas, estudos e debates sobre temas relevantes para o aprimoramento dos serviços judiciários e da prestação jurisdicional; produção e distribuição de guias, cartilhas e apostilas de apoio ao trabalho técnico-educacional das escolas; e realização anual de eventos para divulgação do Plano Anual de Capacitação. [44]

Nas palavras do Ministro Cesar Asfor Rocha, diretor da Enfam, "*estamos bem próximos de vencer o grande desafio de contemplar a magistratura brasileira com um planejamento estratégico de, no mínimo, cinco anos. Com execução prevista para o início de 2012, ele é absolutamente baseado na parceria. Dependendo apenas da validação dos Tribunais, a proposta objetiva unificar a linguagem metodológica da Enfam - instituição constitucionalmente normativa - com o trabalho diário das escolas - as verdadeiras executoras de qualquer plano elaborado por nossos técnicos*".[45] Para o Ministro Gilson Dipp, seu vice-diretor, "*a Enfam, as escolas federais e estaduais de magistratura e o próprio Poder Judiciário vivem um momento novo*."[46]

4 EXPERIÊNCIA PESSOAL DOS AUTORES

4.1 NO ESTADO DO PARANÁ - DR. CARLOS EDUARDO MATTIOLI KOCKANNY

Como Juiz Substituto, assumi a função de substituição de quatro Juízes titulares em suas respectivas Comarcas no ano de 2002. A estrutura judiciária era defasada em relação ao volume de serviço, bastando dizer que, no ano seguinte, foram criadas, por meio de lei, as segundas Varas em duas das Comarcas, sendo que uma delas passou também por elevação de entrância. Ademais, a antiga Seção Judiciária foi dividida em duas, por conseguinte o conjunto de Comarcas que atendi na época conta atualmente com dois Juízes Substitutos.

O efetivo exercício da função ocorreu nos dias que antecediam as chamadas "férias coletivas forenses" (hoje não mais existentes), sendo que, em razão disso, no primeiro mês de atuação nas quatro comarcas não havia nenhum Juiz de Direito titular trabalhando na região. O chamado Juiz Formador, colega não vinculado à Corregedoria, mas que, por designação, torna-se "braço" daquele órgão, ao ser determinada a fiscalização, orientação e acompanhamento de Juiz Substituto durante o prazo de vitaliciamento, pertencia a uma das comarcas, porém somente tive efetivo contato com ele cerca de 30 dias depois da assunção em razão da noticiada férias coletivas.

Antecedeu o deslocamento para o interior a realização de curso de formação inicial em Curitiba, realizado logo após a posse, o qual durou apenas cerca de vinte dias. Na época, ainda não se tratava com ênfase da Gestão de Processos e Pessoas, e da Administração Judiciária, relegadas a um segundo plano no decorrer da preparação.

O curso organizado pela Escola da Magistratura[47] em conjunto com a Corregedoria-Geral da Justiça contou também com a visita a órgãos públicos, presídios, e o comparecimento a Fóruns das Comarcas de

44 Idem, ibidem.

45 Notícia publicada no *site* do Superior Tribunal de Justiça. "*Ministro Cesar Rocha anuncia para início de 2012 unificação do ensino jurídico entre Enfam e Escolas estaduais e federais*". Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 out. 2011.

46 Notícia publicada no *site* da Enfam. "*Ministro Gilson Dipp abre encontro na Enfam e diz que sociedade exige mentalidades mais modernas dos seus magistrados*." Disponível em: <http://www.enfam.stj.jus.br>.

47 No Estado do Paraná, a Escola da Magistratura foi criada por Resolução do Tribunal de Justiça (n. 3, de 17 de junho de 1983), porém é dirigida e administrada pela Associação dos Magistrados do Paraná, nos termos do convênio celebrado em 2 de agosto de 1983, através de um corpo diretivo próprio.

Curitiba, São José dos Pinhais e Fazenda Rio Grande (região metropolitana da capital), e Morrestes (litoral), no qual foi oportunizado acompanhamento de audiências por colegas titulares, em alguns poucos casos a efetiva realização de tais atos. O curso à época, em que pese bem organizado, mostrou-se ainda experimental, contando com o auxílio e a boa vontade de Juízes de Direito que deixaram seus afazeres para atender pequenos grupos de Juízes recém-empossados. Poucas aulas foram ministradas em razão do exíguo tempo disponível.

Após o efetivo início do exercício da função, e durante o período de vitaliciamento, houve o acompanhamento por Juiz Formador, no meu caso sendo favorecido o contato em razão da proximidade do exercício na mesma Comarca. Com o envio de relatórios trimestrais e cópias das decisões, eram recebidas logo após as avaliações e orientações do Juiz Formador, atividade esta chancelada e acompanhada pela Corregedoria-Geral da Justiça.

A realização de cursos de Gestão somente ocorreu anos mais tarde em razão da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça da criação de meta de formação de número mínimo de magistrados em cada Tribunal nesta área.

O efetivo exercício da gestão de gabinete e de cartórios, todavia, ocorreu de modo empírico, por meio de erros e acertos, durante os primeiros anos de carreira.

Em data recente, realizei curso à distância por meio eletrônico, além de cursos presenciais ofertados pela Escola da Magistratura do Paraná, e pela Escola Nacional da Magistratura, quando a gestão foi objeto de estudo, com a possibilidade de avaliação e revisão das atividades e métodos implementados ao longo da carreira.

No fim de 2010, por designação da Corregedoria-Geral da Justiça, tornei-me Juiz Formador de Juíza Substituta recém-empossada. Pretende em breve a Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná a realização de curso de formação e aperfeiçoamento de formadores, o que ainda não ocorreu.

Verifica-se atualmente no Estado do Paraná preocupação com a formação e aperfeiçoamento dos magistrados na área da Administração e Gestão Judiciárias pela Administração do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral da Justiça, assim como da Escola da Magistratura do Paraná, o que certamente produzirá resultados institucionais satisfatórios no futuro.

4.2 NO ESTADO DO PARÁ - DRA. LUIZA VIEIRA SÁ DE FIGUEIREDO

Foi oferecido um curso de formação inicial na carreira nos moldes da primeira Resolução da Enfam (n. 1/2007), ou seja, como etapa final do concurso público (Concurso de 2009).

O curso de formação teve carga horária de 492 horas-aula. Como conteúdo programático mínimo, foram oferecidas as seguintes disciplinas: Administração Judiciária; Capacitação em recursos da informação; Deontologia e Ética do Magistrado; Difusão da cultura de conciliação como busca da paz social; Elaboração de Decisões e Sentenças e Realização de Audiências; Impacto Econômico e Social das Decisões Judiciais; Psicologia Judiciária; Relações Interpessoais; Relações interinstitucionais; Técnicas de conciliação.

Em complementação ao curso de formação inicial, foram também oferecidas outras disciplinas, reputadas relevantes, em razão das especificidades regionais, que compuseram o conteúdo programático pleno. São elas: Aspectos relevantes da proteção do consumidor em juízo; bioética e direito; direito agrário – conflitos e grilagem; direito agrário na constituição e políticas públicas; direito ambiental e desenvolvimento sustentável; direitos fundamentais aplicados ao processo; direitos humanos e ação afirmativa; execução penal; improbidade administrativa e seu controle judicial; juizados especiais cíveis e criminais; linguagem e redação jurídica – o novo acordo ortográfico; sociedade e economia na Amazônia; teoria e decisão judicial; violência doméstica e familiar contra a mulher. O contato inicial com a **gestão** foi eminentemente teórico e anterior à posse na magistratura de carreira.

Como juíza substituta no Pará, assumi vara que estava vacante há quase um ano, além de também responder por outra comarca distante 140 quilômetros (vara única). A despeito da distância entre comarcas e das **prioridades legais** que sempre reclamam decisões imediatas, a dita ausência do juiz titular gerou acúmulo de trabalho não apenas jurisdicional, mas igualmente de ordem administrativa. É uma grande dificuldade, como substituto recém-empossado no concurso, ter de tomar decisões de gestão da serventia sem ter tido experiência e preparo suficiente. Apesar de ter atuado como servidora do Poder Judiciário, a situação é completamente diferente quando se assume a função de chefe.

Poucos meses depois, o Tribunal, através da Escola de Magistratura do Pará em parceria com a Enfam, ofereceu novo curso de Administração Judiciária (Gestão de Processos na Atividade Judicante e Cartorária), agora a tratar de gestão de processos na serventia, ministrado por um Juiz de Direito, Dr. Jeverson Quinteiro, do Estado de Mato Grosso. A vivência de alguns meses e a experiência prática do professor repercutiu de forma diferente, acrescentando conhecimento à formação inicial recebida no primeiro curso. Agora havia parâmetros de comparação na minha rotina diária e a unidade em que estava atuando era uma grande oficina para colocar em prática as técnicas do curso.

Dentre as iniciativas tomadas após esse segundo curso, estão: reunião periódica com a equipe – ouvi-la para avaliar a rotina do trabalho e a organização das tarefas, com racionalização das atividades; reorganização das tarefas conforme aptidão dos servidores; relatório de produtividade a ser preenchido pela equipe para controle da produção e comparação com a demanda da serventia; reorganização física dos processos (em razão da competência mista da vara, foi reformulada a divisão dos processos por matéria e por ato de cumprimento para se dar o impulso processual necessário nos casos de prioridades. Antes estavam separados somente por cumprimento dos atos da serventia e processos com tramitação prioritária, como cautelares e de idosos, por exemplo, misturavam-se com os demais, dificultando o cumprimento celeremente); reorganização do espaço físico da serventia, tornando o ambiente mais amplo e arejado.

O controle exercido nos atos dos funcionários foi um estímulo para o aumento da produtividade e a participação de todos, inclusive de estagiários, nas reuniões, com espaço para opiniões e sugestões para melhoria da dinâmica do grupo, foi fundamental para desenvolvimento de um ambiente de cumplicidade e foco no resultado (embora aqui ainda concebido o resultado como produto ou serviço e não como **efeito** do produto ou serviço).

Algum tempo depois, fui designada para responder pela outra vara cível da comarca, igualmente vacante, ficando responsável por metade do acervo processual da comarca de 2ª entrância, que tinha seis varas com competências distintas. Neste momento, houve necessidade de repensar algumas das diretrizes já tomadas, em conjunto com o Cartório, ante a contingência de dobrar o número de audiências sem perder a capacidade de julgar. Vale ressaltar que essas mudanças sempre foram levadas ao conhecimento da Corregedoria e do representante da Ordem dos Advogados do Brasil na cidade, já que na comarca havia uma subseção da OAB/PA. Esse diálogo, aliás, com a Administração do Tribunal e com a Instituição parceira do Judiciário é muito salutar e permite um clima de cooperação mútua, cada qual na sua esfera de atuação, mas sem perder de vista que somos todos peças de uma grande engrenagem que é o Poder Judiciário, devendo trabalhar de forma coordenada.

Em recente curso oferecido pela ENM, intitulado **Capacitação em Poder Judiciário**, a gestão cartorária foi objeto de nova disciplina, oportunidade em que foi possível rever conceitos e compartilhar experiências de gestão com magistrados de outros Estados e de outros ramos da Justiça. Sem dúvida, a formação do juiz deve ser continuada. O aprendizado é constante e o intercâmbio é profícuo para aperfeiçoar práticas já existentes. O conhecimento, afinal, não é estanque.

4.3 NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – DRA. LUIZA VIEIRA SÁ DE FIGUEIREDO[48]

Empossada recentemente no TJMS, encontro-me em curso de formação, nos moldes da Resolução n. 1/2011 da Enfam, razão pela qual não há ainda experiência com gestão a ser relatada, porquanto a atividade jurisdicional tem sido feita somente no âmbito do curso de formação, o qual se destaca pela combinação de teoria e prática judicial, que vem sendo muito bem coordenada pela equipe de orientadores da Escola Judicial de Mato Grosso do Sul (Ejud-MS), criada pela Lei estadual n. 3.932, de 13.7.2010, como órgão auxiliar do Poder Judiciário, mantida e administrada pelo Tribunal de Justiça, vinculada à Presidência, com a finalidade de promover o treinamento, a capacitação, a formação, o aperfeiçoamento e a especialização de magistrados.

O curso de formação inicial foi dividido em aulas teóricas no período matutino (240 h/a) e práticas no período vespertino (240 h/a), totalizando 480 (quatrocentos e oitenta) horas-aula. As aulas teóricas foram distribuídas entre as seguintes disciplinas: Técnicas para Elaboração de Decisões e Sentenças e para Realização de Audiências; Relações Interpessoais; Relações interinstitucionais; Difusão da cultura de conciliação como busca da paz social; Técnicas de abordagem interpessoal na conciliação; Deontologia e Ética do Magistrado; Administração Judiciária; Recursos da Informação; Psicologia Judiciária; Impacto Econômico e Social das Decisões Judiciais; Técnicas para Correição no cartório Extrajudicial; Lógica Jurídica.

Já a Prática Forense foi preenchida com atividades nas diversas áreas de atuação do magistrado, com visita correcional a órgãos da execução penal e da infância e juventude; realização de sessões do Tribunal do júri, de audiências e elaboração de sentenças em processos de competências diversas, como crime, cível residual, cível especial e família, orientadas por magistrados tutores e visita a comarca do interior. As sessões do Tribunal do júri e as audiências são presididas pelos juízes substitutos, sob a supervisão de juízes orientadores, com quem é possível tirar dúvidas, trocar ideias e experiências.

Apesar de ainda em curso de formação, também foram oferecidos pela Ejud-MS cursos de aperfeiçoamento para vitaliciamento e promoção, o que evidencia o novo momento pelo qual passa a magistratura, preocupada com o aperfeiçoamento continuado de seus juízes. Certamente, um novo paradigma para aqueles que estão ingressando nesse momento na carreira.

5 CONCLUSÃO

A gestão evidencia importância para o magistrado, para as Varas (cartórios), e para o Poder Judiciário como um todo. Primeiro, porque melhora a qualidade de trabalho e a qualidade de vida dos Juízes. Segundo, porque melhora o desempenho profissional, a partir do momento em que se tem melhor produção e controle do processo de trabalho. Por consequência, melhoram os resultados próprios e os da equipe. Consegue-se melhor organização do processo de produção do gabinete judicial e da respectiva Vara (cartório/secretaria). Os funcionários passam a trabalhar mais motivados e a melhoria da motivação e da qualidade aumenta o sentimento de satisfação dos clientes (partes e advogados). Passa ainda a ter o magistrado efetivo controle do processo de produção e dos resultados. Com tais sentimentos, mudam-se os paradigmas dentro do Poder Judiciário, criando líderes efetivamente preparados para trabalhar com gestão. Líderes que não veem obstáculos, mas etapas a serem vencidas.

Para que a gestão funcione, cabe ao Poder Judiciário buscar a formação do magistrado gestor. Quem gere o Poder Judiciário é o magistrado, prerrogativa constitucional indelegável. Daí que a saída para resolução do problema de gestão está dentro do próprio Poder Judiciário, através da formação adequada dos Juízes.

48 A posse em Mato Grosso do Sul ocorreu após a realização do curso **Capacitação em Poder Judiciário**, móvel da escrita deste trabalho e, destarte, em meio à escrita deste artigo, motivo pelo qual se deixa de emitir maiores considerações sobre o curso de formação, porquanto ainda em andamento.

Ressalte-se a importância da formação inicial e continuada do magistrado, em especial no período do vitaliciamento. Não foram os Juízes preparados nem na faculdade tampouco no estudo para o concurso público de ingresso na carreira, em técnicas de gestão, notadamente a gestão específica de uma unidade judiciária. E quando assumem o cargo, veem-se diante da necessidade de administrar os meios necessários para prestar a jurisdição, ou seja, administrar recursos materiais e humanos, administrar o tempo, estabelecer os procedimentos mais adequados para o bom funcionamento de sua unidade jurisdicional diante da realidade da comarca. É necessário, portanto, que essa formação específica ocorra durante a carreira, através das Escolas de Magistratura.

Vale lembrar que, não menos importante, é o envolvimento das Administrações dos Tribunais (Presidências e Corregedorias). Não por outra razão, em recente reunião da ENM, discutiu-se a elaboração de um planejamento estratégico para viabilizar a continuidade dos trabalhos e projetos, a despeito da mudança dos gestores.[49] Mentalidades que se chocam ou que repensam a cada dois anos os seus objetivos têm trazido mais estagnação do que progresso. Algumas vezes, até mesmo retrocesso. Um bom administrador se faz cercar de assessoria competente.

O principal recurso de um Tribunal são pessoas, e a Reforma do Judiciário passa, sem sombra de dúvidas, pela capacitação de seus membros para a nova realidade experimentada pela sociedade. É preciso, portanto, que os Tribunais desenvolvam inteligência administrativa sustentada e não se conformem com "*inteligências pontuais compradas no varejo*". É preciso que o Judiciário assuma sua capacidade constitucional de autogestão através da capacitação de seus membros. Ou seja, a grande aposta é o MAGISTRADO/GESTOR, como uma figura híbrida que deve ser construída, pois a gestão do Poder Judiciário é feita pelos magistrados. Enfim, ou se aposta nessa competência que o magistrado deve ter, ou então as reformas não serão duradouras e sustentáveis.

6 REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. **Governança e *Accountability***: algumas notas introdutórias. Trabalho de conclusão de Curso (Especialização)–Universidade Federal de Santa Catarina, de Pós-Graduação em Administração, Santa Catarina, 2000.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

CUNHA, Armando. **O orçamento como instrumento de planejamento e controle**. Programa de Capacitação em Poder judiciário. Fundação Getúlio Vargas.

CUNHA, José Ricardo. **Ética e Poder Judiciário**. Programa de Capacitação em Poder Judiciário. Fundação Getúlio Vargas.

Manual de Implementação de Planejamento Estratégico para Cartórios. Brasília: ENFAM, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. 2011.

ENFAM, _____. **Boletim n. 9,** janeiro a março de 2011. Disponível em: <http://www.enfam.stj.jus.br>.

GOUVEIA, Luis Manuel Borges; GAIO, Sofia. **Sociedade da Informação**: balanço e oportunidades. Edições Universidade Fernando Pessoa, 2004.

49 De acordo com a notícia publicada no *site* da ENM: *"[...] ponto levantado no encontro foi a organização do Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI) da ENM. O documento é uma peça importante para a Diretoria da Escola porque auxilia nos assuntos estratégicos de gestão que envolvem o histórico, a missão, as metas e áreas de atuação da instituição, bem como, a responsabilidade social e a política de administração e gestão de pessoal da escola. A ideia da Diretoria é apresentar o PDI juntamente com o Planejamento Estratégico da AMB, que visa apresentar um projeto voltado às necessidades da Magistratura brasileira*." Disponível em: <http://www.enm.jus.br>.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. **Administração Judiciária** – Gestão Cartorária. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam).

GRUPO TELEFÔNICA. **A Sociedade da Informação** – Presente e Perspectivas. ISBN: 85-89385-01-9, 2002.

NALINI, José Renato. A democratização da administração dos tribunais in: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NAZARENO, Claudio et al. **Tecnologias da informação e sociedade**: o panorama brasileiro. Brasília: Plenarium – Editora da Câmara dos Deputados, 2007.

QUINEIRO, Jeverson. **Gestão de Serventias Judiciais**. Aula ministrada no curso Capacitação em Poder Judiciário. Brasília: ENM/FGV, 2011.

REINALDO FILHO, Demócrito. A Informatização do Processo Judicial – Da "Lei do Fax" à Lei n. 11.419/06: uma breve retrospectiva legislativa. **SISNET**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310107.pdf>. Acesso em: 31.7.2011.

SERRA, Luiz Mello. **Gestão de serventias judiciais**. Programa de Capacitação em Poder Judiciário. Fundação Getúlio Vargas.

SILVA, Claudia Dantas Ferreira da. Administração judiciária: planejamento estratégico e a reforma do Judiciário brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 976, 4 mar. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8062>. Acesso em: 31 jul. 2011.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz**: Seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Sites consultados:

<http://www.amb.com.br>

<http://www.cnj.jus.br>

<http://www.enm.org.br>

<http://www.enfam.stj.jus.br>

<http://www.tjms.jus.br>

<http://www.stj.jus.br>

ANÁLISE HISTÓRICA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Vinicius Pedrosa Santos[1]

RESUMO: Sob a influência do constitucionalismo francês, a história das Constituições brasileiras tem início no ano de 1824, outorgada sob o regime monárquico. A essa Carta Política sucederam outras sete: a primeira do período republicano, em 1891, e as demais em 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. O artigo tem por escopo analisar as Constituições em comento, com ênfase no contexto histórico que envolveu a produção de cada uma delas e destaque para as principais características.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Constituições brasileiras. História. Características.

SUMÁRIO: **1 INTRODUÇÃO**. **2 A CONSTITUIÇÃO DE 1824**: 2.1 CONTEXTO HISTÓRICO. 2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS. **3 A CONSTITUIÇÃO DE 1891**: 3.1 CONTEXTO HISTÓRICO. 3.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS. **4 A CONSTITUIÇÃO DE 1934**: 4.1 CONTEXTO HISTÓRICO. 4.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS. **5 A CONSTITUIÇÃO DE 1937**: 5.1 CONTEXTO HISTÓRICO. 5.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS. **6 A CONSTITUIÇÃO DE 1946**: 6.1 CONTEXTO HISTÓRICO. 6.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS. **7 A CONSTITUIÇÃO DE 1967**: 7.1 CONTEXTO HISTÓRICO. 7.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS. **8 A CONSTITUIÇÃO DE 1969**: 8.1 CONTEXTO HISTÓRICO. 8.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS. **9 A CONSTITUIÇÃO DE 1988**: 9.1 CONTEXTO HISTÓRICO. 9.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS. **10 CONCLUSÃO**. **11 REFERÊNCIAS**.

1 INTRODUÇÃO

No século XVIII, o continente europeu, em especial, e também a América do Norte foram agitados e transformados por novas teorias políticas, como o liberalismo, a república, com destaque para o constitucionalismo.

Como marco importante do constitucionalismo moderno, as Constituições escritas dos Estados Unidos da América de 1787 e da França de 1791 contribuíram para a evolução e fortalecimento do movimento constitucional.

Sob a influência, sobretudo, do constitucionalismo francês, o Brasil inicia sua história constitucional ainda sob a égide da monarquia. A primeira Constituição brasileira é de 1824, editada cerca de dois anos após o país ter-se tornado independente de Portugal.

Seguiram-na outros sete textos constitucionais: a Constituição de 1891, sob a República Velha; a de 1934, em resposta ao domínio oligárquico instaurado durante a Primeira República; a de 1937, editada durante a ditadura do Presidente Getúlio Vargas; a de 1946, logo após o fim da Segunda Guerra e que marca a redemocratização do país; as de 1967 e 1969, elaboradas durante a ditadura militar; e, por último, a Carta Magna de 1988 a restabelecer a democracia e instaurar um Estado Democrático de Direito.

1 Magistrado (TJMS), Professor e Doutorando em Direito Civil.

A análise histórica de cada uma das Constituições do Brasil é a proposta deste trabalho, com reserva de capítulo próprio para cada um dos textos constitucionais, desenvolvimento do contexto histórico que envolveu a elaboração das Cartas Políticas e destaques das principais características delas.

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1824

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

A primeira Constituição brasileira data de 25.3.1824. Melhor compreensão do contexto que forjou sua elaboração exige retroceder alguns anos na história.

No ano de 1808, a ocupação do território português pelas tropas de Napoleão Bonaparte forçou a Corte de Dom João VI transferir-se para o Brasil, que de colônia foi elevado à categoria de Reino Unido a Portugal e Algarves. Foi iniciada a fase monárquica brasileira.

Instalada a sede da Família Real Portuguesa na cidade do Rio de Janeiro, foi imprescindível organizar o governo, daí a instituição de órgãos administrativos, tribunais, polícia, enfim, toda a estrutura necessária à governabilidade, até então ausente na colônia.

Esse novo tempo fomentou a formação de uma nova elite intelectual, graduada em sua grande parte em universidades européias e que haveria de influenciar na formação da política brasileira, instigada pelas novas teorias em efervescência no continente europeu: o constitucionalismo, a democracia, o federalismo etc. *"Tudo isso justifica o aparecimento do movimento constitucional, no Brasil, ainda quando D. João VI mantinha a sua corte no Rio de Janeiro"*[2].

Em virtude da Revolução do Porto e por exigência da nobreza portuguesa, o Rei Dom João VI retornou a Portugal em abril de 1821. Em seu lugar, deixou o filho Dom Pedro de Alcântara na condição de Príncipe Regente, o qual, em 7.9.1822, declarou a Independência do Brasil.

Com o Brasil independente, o principal problema a ser resolvido era o da unidade nacional, cuja concretização demandaria a estruturação de um poder central e uma organização nacional para acabar com os poderes regionais e locais – disseminados pelo país afora e fruto dos três séculos de administração colonial – sem deixar de adotar os princípios básicos das teorias políticas em voga na época, notadamente o constitucionalismo[3].

Em 3.5.1823, no Rio de Janeiro, o Imperador Dom Pedro I instalou a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa. Marcada por ideias liberais, em contraposição às pretensões autoritárias do Imperador, foi dissolvida oito meses depois por um golpe de Estado encabeçado pelo próprio Dom Pedro I[4] e substituída pelo Conselho do Estado, este criado para *"tratar dos 'negócios de maior monta' e elaborar um novo projeto em total consonância com a sua vontade de 'Majestade Real'"*[5].

Por ato de Dom Pedro I, a Constituição Política do Império do Brasil foi outorgada em 25.3.1824. É, até hoje, a mais longeva das Constituições brasileiras – vigente pelo espaço de sessenta e cinco anos. Foi objeto de uma única emenda: Ato Adicional, de 12.8.1834.

2 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 73.
3 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 74.
4 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 362.
5 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 51.

Foi instrumento apto a concretizar a almejada centralização política. As províncias foram subordinas ao poder central e administrada por um "Presidente", nomeado pelo Imperador e que poderia ser destituído a qualquer tempo (*ad nutum*) se conveniente ao bom serviço do Estado. A centralização política e administrativa foram as marcas da primogênita Constituição brasileira, assim como o unitarismo e absolutismo. Esse Estado unitário vigorou durante todo o Império.

O Ato Adicional instituiu as denominadas "Assembleias Legislativas Provinciais", dotadas de considerável autonomia. Todavia, não conseguiu abalar o absolutismo imperante representado pelo Poder Moderador, completamente esvaziado com a Lei n. 105, de 12.5.1840, denominada "Lei de interpretação".

Registre-se a síntese da primeira fase constitucional brasileira, consoante escólio de Paulo Bonavides:

> Em resumo, a monarquia constitucional do Império no Brasil foi um equilíbrio relativamente estável, pois durou 65 anos, entre o princípio representativo, gerador de um parlamentarismo sui generis, introduzido nos mecanismos institucionais, e o princípio absolutista, dissimuladamente preservado com prerrogativas de poder pessoal, de que era titular o Imperador, em cujas mãos se acumulava, tanto em termos formais como efetivos, o exercício de dois poderes: o Executivo e o Moderador. O último concentrava mais faculdades de mando e competências do que o primeiro. A monarquia foi, não obstante, um largo passo para estréia formal definitiva de um Estado liberal, vinculado, todavia, a uma sociedade escravocrata, aspecto que nunca se deve perder de vista no exame das instituições imperiais.[6]

2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A Constituição do Império no âmbito teórico sofreu consideráveis influências francesas, mas sob o prisma doutrinário e fático assemelhava-se mais ao modelo inglês, haja vista ter ostentado, por obra do costume constitucional, uma forma de governo parlamentar[7] *"um tanto híbrido e primitivo. A Constituição real, desprezando a Constituição formal, decerto fora inspirar-se ali* [no constitucionalismo inglês]*"*[8]. Estabelecem-se, de modo geral, os direitos humanos de primeira geração ou dimensão.

Seu governo era monárquico, hereditário, constitucional e representativo. O território era dividido em províncias em lugar das antigas capitanias hereditárias, as quais poderiam ser divididas *"como pedir o bem do Estado"* (art. 2º).

No tocante à divisão dos poderes, a Constituição Imperial apartou-se da tripartição de Montesquieu e adotou a formulação *quadripartita* de Benjamin Constant. Eram quatro os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império: o Legislativo, o Moderador, o Executivo e o Judicial.

A chave de toda a organização política estava no Poder Moderador, concentrado na pessoa do Imperador, isento a qualquer tipo de responsabilidade e tido como inviolável e sagrado.

Em virtude desse poder, o Imperador atuava diretamente no Legislativo, por ter direito de convocar a Assembléia Geral extraordinária, nomear os senadores e dissolver a Câmara dos Deputados, dentre outros; no Judiciário, suspender os magistrados; no Executivo, nomear e demitir livremente os Ministros de Estado.

---

6 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 364.

7 Leciona Celso Ribeiro Bastos que em certo momento da monarquia *"[...] floresceu uma prática parlamentarista que acabou por implantar no País um regime que o texto frio da Constituição não autorizava, mas ao contrário vedava. A monarquia esteve, portanto, muito ligada ao sistema parlamentar. Inspirou-se muito no regime inglês e no século XIX, sem falar na própria Inglaterra, que foi a* alma mater *do regime representativo [...]"* (**Curso de direito constitucional**, p. 102).

8 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 363.

O Poder Legislativo era exercido pela Assembleia Geral, composta de duas Câmaras: a de Deputados, eletiva e temporária, e a de Senadores ou Senado, cujos integrantes eram vitalícios e nomeados pelo Imperador dentre os componentes de listas tríplices formuladas pelas províncias. O Poder executivo era chefiado pelo Imperador e exercido por Ministros de Estado.

As eleições legislativas eram indiretas, *"elegendo a massa dos cidadãos ativos em Assembleias Paroquiais os eleitores de Província, e estes, os Representantes da Nação e Província"* (art. 90). O sufrágio era censitário, isto é, baseado em certas condições econômicas e financeiras de seus titulares (ativo e passivo).

O Judiciário, independente, era composto por juízes e jurados. Conquanto falasse em um Poder Judicial independente, a declarar que *"os juízes de direito serão perpétuos"* (art. 153) e garantisse a eles a vitaliciedade, *"[...] o texto constitucional negava, na prática, duas garantias tradicionais da Magistratura – a vitaliciedade e a inamovibilidade e não assegurava a irredutibilidade de vencimentos – [...]"*.

O art. 153, ao dispor sobre a inamovibilidade dos magistrados, significava de modo contrário que eles não poderiam *"ser mudados de uns para outros lugares, pelo tempo e maneira que a Lei determinar"* e sujeitava a vitaliciedade ao arbítrio do Imperador, que poderia *"[...] suspendê-lo por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos juízes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado"* (art. 154).

A Capital do Império brasileiro era a cidade do Rio de Janeiro. Por força do Ato Adicional de 1834, foi transformada em município neutro ou município da Corte e, por consequência, passou a ser subordinada diretamente ao poder central e não mais à Província do Rio de Janeiro.

No art. 179, a Constituição Imperial continha importante rol de direitos e garantias fundamentais *"que, nos seus fundamentos, permaneceu nas constituições posteriores"*, observa José Afonso da Silva[9].

A religião oficial do Império era a Católica Apostólica Romana. Outras eram permitidas tão somente em culto doméstico ou particular, em casas destinadas para tanto, vedado qualquer tipo de manifestação exterior de templo (art. 5º).

Era uma Constituição semirrígida, na forma do art. 178, ao prescrever ser constitucional o *"respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos e aos Direitos Políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é Constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas Legislaturas ordinárias"*.

A natureza semirrígida constituiu, segundo Octaciano Nogueira, a chave para a durabilidade da Carta Imperial, que se manteve intacta por sessenta e cinco anos e sujeitou-se a uma única emenda, não obstante as evoluções políticas, econômicas e sociais processadas sob sua égide, como *"as intervenções no Prata e a Guerra do Paraguai; o fim da tarifa preferencial da Inglaterra e o início do protecionismo econômico com a tarifa Alves Branco, de 1844; a supressão do tráfico de escravos, o início da industrialização e a própria Abolição, em 1888 [...]"*[10].

3 A CONSTITUIÇÃO DE 1891

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO

A carência de autonomia das Províncias e a ausência de poderes descentralizados contribuíram de modo decisivo para a desintegração política do regime monárquico[11].

9 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 74.

10 NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras**: 1824, p. 14.

11 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 364.

A realidade dos poderes locais, consolidada durante a colônia, permaneceu viva mesmo sob o manto centralizador da monarquia e os ideais republicanos vicejaram desde o início do Império.

Os federalistas despontaram na Constituinte de 1823 – que veio a ser dissolvida por Dom Pedro I – e permaneceram ativamente sob todo o período imperial, com incitação de diversas rebeliões como a "Balaiada", a "Sabinada" e a "República de Piratini"[12].

O movimento republicano irrompeu com a Inconfidência Mineira e com a Revolução Pernambucana de 1817, ressurgiu na constituinte e, novamente, em 1831 e na República de Piratini, para reaparecer com mais força em 1870 e desenvolver-se até 1889[13].

Organizadas, as forças descentralizadoras impuseram o fim da monarquia com a Proclamação da República, em 15.11.1889, pelo Marechal Deodoro da Fonseca.

O movimento republicano que não representava, ressalte-se, a opinião pública dominante, apenas sustentou após 15.11.1889, porque *"[...] foram engordados por adesistas de toda a parte, inclusive os que, na véspera, militavam nos partidos monárquicos e solicitavam ou recebiam mercês, prebendas e nobilitações da Coroa"*[14]. Tratou-se, na realidade, *"mais de um golpe de Estado militar e armado do que de qualquer movimento do povo"*[15].

No poder, os republicanos, civis e militares trataram de concretizar a transformação do regime. Entre os anos de 1889 e 1891, foi instalado o Governo Provisório – mediante o Decreto n. 1, de 15.11.1889, redigido por Rui Barbosa –, incumbido de assentar o novo regime e formular a primeira Constituição da República.

Em novembro de 1890, foi instalado o Congresso Constituinte, composto por republicanos históricos, adesistas (alguns advindos da monarquia), diversos militares, muitos juristas liberais e jovens inexperientes; praticamente não tiveram voz os assalariados do comércio e os operários ou artesãos[16].

Em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, objeto de pequena reforma em 1926 e vigente até 1930. Tem início aí a segunda fase constitucional brasileira.

3.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A nova Carta Constitucional refletiu novos valores e princípios inerentes ao regime republicano. Antes influenciada pelo constitucionalismo da Europa, esta Constituição teve como referencial o constitucionalismo americano; da Constituição francesa para a dos Estados Unidos; de Montesquieu para Jefferson e Washington; do pseudo-parlamentarismo inglês para o presidencialismo norte-americano[17].

A nova ordem constitucional assentou-se sobre estes princípios básicos: sistema republicano e forma federativa de Estado; a forma presidencial de governo; uma Suprema Corte apta a decretar a inconstitucionalidade de leis ou de atos dos Governos dos Estados.

Aboliu-se a divisão *quadripartita* do poder e foi adotada a teoria clássica *tripartita* de Montesquieu, a figurar *"[...] como órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si"* (art. 15).

O Poder Legislativo federal era exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, e integrado por duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

12 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 76-7.
13 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 76-7.
14 BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**: 1891, p. 15.
15 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 55.
16 BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**: 1891, p. 30-1.
17 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 364.

A primeira composta de representantes do povo eleitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, mediante sufrágio direto, resguardada a representação da minoria, para mandatos de três anos; a segunda, por representantes dos Estados e Distrito Federal, eleitos por igual modo que os Deputados, para mandatos de nove anos. Também foi estabelecido o Legislativo em âmbito estadual.

O Executivo era exercido pelo Presidente da República, como chefe da Nação, eleito juntamente com o Vice-Presidente por sufrágio direto da Nação e maioria absoluta de votos, para mandato de quatro anos, vedada a reeleição para o período presidencial imediato.

No tocante ao Poder Judiciário, instituiu-se o Supremo Tribunal Federal como órgão máximo do Judiciário brasileiro, composto por quinze juízes nomeados pelo Presidente e sujeitos à aprovação do Senado. Criou-se a Justiça Federal, formada por Tribunais e Juízes Federais, competentes para julgar, de modo geral, as causas fundadas em interesses da União.

A competência residual ficou a cargo da Justiça Estadual. Houve expressa previsão da garantia da vitaliciedade para os juízes federais e membros do Supremo Tribunal Militar, garantido àqueles, ainda, a irredutibilidade de vencimentos.

As antigas províncias transformaram-se em Estados, aos quais foram conferidas competências remanescentes: *"em geral todo e qualquer poder ou direito que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição"* (art. 65, II). Estabeleceu a autonomia dos municípios. A cidade do Rio de Janeiro, de município neutro foi transformada em Distrito Federal e permaneceu como capital do Brasil.

No novo regime constitucional, o Estado passou a ser laico, leigo ou não confessional, isto é, foi extirpada a religião oficial, a qual não foi adotada por nenhuma outra Constituição brasileira.

O art. 72 trouxe longo rol dos direitos e garantias assegurados aos brasileiros e estrangeiros residentes no País. Acabou com a pena de banimento e morte, salvo, neste último caso, as disposições da legislação castrense. Pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro, houve previsão expressa do remédio constitucional *habeas corpus*.

A modificação das disposições constitucionais submetia-se a um processo muito mais rigoroso do que as outras espécies normativas, a teor do art. 90. Tratava-se, pois, de uma Constituição rígida. Não fez distinção, como a Carta Fundamental do Império, entre norma material e formalmente constitucional. Consubstanciavam cláusula pétrea a forma republicana federativa e a igualdade de representação dos Estados.

Conquanto constituíra-se formosa estrutura formal, faltou-lhe *"vinculação com a realidade do país. Por isso, não teve eficácia social, não regeu os fatos que previa, não fora cumprida"*, anota José Afonso da Silva[18].

4 A CONSTITUIÇÃO DE 1934

4.1 CONTEXTO HISTÓRICO

O sistema constitucional erigido sob a República Velha (1889-1930) enfraqueceu o poder central e reavivou os poderes regionais e locais, antes contidos pelo absolutismo do Império. O governo federal tinha sua base de apoio nos governos estaduais; estes, a seu turno, sustentavam no coronelismo – detentores do poder efetivo e real.

18 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 79.

O poder dos coronéis elegia governadores, deputados e senadores. Aqueles determinavam o Presidente, escolhido, de forma revezada, dentre os governadores do Estado de Minas Gerais e de São Paulo. A sonhada democracia degenerou-se em uma oligarquia, ou seja, o governo era exercido por um grupo reduzido, detentor do poder econômico e político, que se mantinha por meio da força e de eleições fraudulentas.

Diante do domínio das oligarquias, a fraude eleitoral era institucionalizada, o desvirtuamento das instituições, a crise econômica de 1929 e o surgimento de uma classe operária levaram ao ciclo revolucionário cujo ápice se deu com a Revolução de 1930, a selar o fim da Primeira República e culminar com a instituição do segundo Governo Provisório no período republicano, com ascensão de Getúlio Vargas ao poder.

Líder civil da Revolução, Getúlio Vargas inclinou-se para a questão social. Criou o Ministério do Trabalho, enfraqueceu o poder dos coronéis e, em consequência, das oligarquias locais; editou o Código Eleitoral (Decreto n. 21.076, de 24.2.1932), instituiu a justiça eleitoral, adotou o voto feminino e o sufrágio universal direto e secreto. Marcou as eleições à Assembleia Constituinte para 3.5.1933. Em 15.11.1933, a Constituinte reuniu-se no Palácio Tiradentes e, em 16.7.1934, foi promulgada a segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que teve curtíssima duração, pois abolida em 1937[19].

4.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A Carta Magna de 1934 sofreu importante influência da Constituição alemã de Weimar, de 1919, a consagrar os direitos humanos de segunda geração e a perspectiva de um Estado Social de Direito. Sofreu também influxo do fascismo ao prever não só o voto direto para a eleição dos Deputados, mas também a modalidade indireta pela "representação classista" do Parlamento[20].

Mantiveram os princípios fundamentais da Constituição passada como a república, a federação, a tripartição dos Poderes, o presidencialismo e o regime representativo.

Os poderes da União foram ampliados, descreveu alguns poderes dos Estados – aos quais foram conferidos os poderes remanescentes – e discorreu sobre os poderes concorrentes entre a União e Estados. No concernente aos Municípios, estabeleceu fossem organizados de forma a lhes assegurar a autonomia em tudo quanto respeitasse o seu peculiar interesse, como a decretação dos seus tributos e arrecadação e aplicação de suas rendas.

Ampliou os poderes do Executivo, exercido pelo Presidente da República, eleito com o vice, para mandato de quatro anos, vedada a reeleição. Aquele era auxiliado pelos Ministros de Estado, estes com responsabilidade pessoal e solidária com o Presidente.

Pôs fim ao bicameralismo rígido: aquele em que ambas as Casas exercem funções básicas idênticas. O Legislativo era exercido apenas pela Câmara dos Deputados, auxiliada pelo Senado Federal. Não passava esta Casa de mera colaborada da outra[21].

A Câmara dos Deputados, além da representação política tradicional, contava com representantes eleitos pelas organizações profissionais. O mandato era de quatro anos. O Senado Federal era integrado por dois representantes de cada Estado e do Distrito Federal – que continuou a ser o Rio de Janeiro – para mandato de oito anos.

19 POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras**: 1934, p. 40.
20 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 61.
21 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 62.

Os órgãos do Poder Judiciário eram assim estabelecidos: a Corte Suprema, composta por onze ministros; os juízes e tribunais federais, militares e eleitorais. Garantiu-se à magistratura a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos.

Foi uma Constituição rígida. Não poderia ser objeto de modificação a estrutura política do Estado, a organização ou a competência dos poderes da soberania e a forma republicana federativa.

Vários direitos e garantias fundamentais foram mantidos. Consagrou, pela primeira vez, o mandado de segurança e a ação popular. Definiu os direitos políticos e o sistema eleitoral. Constitucionalizou o voto secreto e o feminino, com valor igual ao masculino.

Foram inseridos novos títulos, um relativo à ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas programáticas em sua grande maioria, e um a respeito da segurança nacional. Instituiu também princípios sobre o funcionalismo público. Nas palavras de José Afonso da Silva, *"fora, enfim, um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo"*[22].

5 A CONSTITUIÇÃO DE 1937

5.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Getúlio Vargas foi eleito para governar o país de 1934 a 1937. Nesse período, o país vivia o influxo das ideologias difundidas no mundo do pós Primeira Guerra Mundial. No Brasil, duas vertentes ideológicas se destacaram: de um lado a direita fascista, encabeçada pela **Ação Integralista Brasileira – AIB**, a defender um Estado autoritário, de outro o partido comunista, impregnado dos ideais socialistas, comunistas e sindicais.

O Governo empreendeu diversas ofensivas contra as organizações de esquerda e, sob o subterfúgio de livrar o país da ameaça comunista, Getúlio Vargas dá o golpe em 10.9.1937 – com apoio do Chefe do Estado Maior do Exército, General Góis Monteiro, e Eurico Gaspar Dutra, Ministro da Guerra –, centraliza o poder, dissolve o Congresso Nacional e outorga a nova Carta Constitucional, com vinte e uma emendas, ao alvedrio das conveniências e necessidades do governo. Era o início de um novo regime denominado de "Estado Novo".

A Carta de 1937 deveria ter sido submetida ao plebiscito nacional, conforme precrevia seu art. 187, fato nunca ocorrido. Ela não teve regular aplicação e diversos de seus dispositivos não passaram de "letra morta".

Sintetiza José Afonso da Silva o momento histórico em comento: *"Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo"*[23]. Como consequência lógica, os partidos foram abolidos e os direitos fundamentais restringidos, sobretudo por ação da denominada "Polícia Especial" e do "Departamento de Imprensa e Propaganda – DIP".

Com efeito, houve avanços na área econômica e no setor social com a consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e reconhecimento de direitos sociais, por exemplo, o salário-mínimo[24].

22 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 82.
23 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 83.
24 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 65.

Implementou-se a nacionalização formal da economina e o controle sobre áreas estratégicas, em especial nos setores produtivos e energéticos. A Companhia Vale do Rio Doce (1942) e a Fábrica Nacional de Motores (1943)[25] são algumas das estatais criadas.

5.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 sofreu forte influência da Constituição fascista da Polônia de 1935, motivo por que recebeu o apelido de "Polaca".

O art. 1º dizia ser o Brasil uma República e o art. 3º estabelecia ser ele um Estado Federal, muito embora, na prática, a autonomia das unidades federativas tenha sido reduzida, mormente pela constante intervenção federal nos governos estaduais. Os vereadores e prefeitos eram nomeados pelos interventores de cada estado. O Rio de Janeiro permaneceu como Distrito Federal.

Foi mantida a tradicional tripartição de poderes, ao menos no plano teórico. Fortalecer a atuação do Poder Executivo foi uma das principais, para não dizer a especial preocupação da "Polaca", sobretudo pela concentração de atos tipicamente legislativos.

O art. 178 dissolveu os órgãos legislativos instituídos sob a égide da Constituição de 1934 e previu eleições futuras para o novo Parlamento Nacional – formado pela Câmara dos Deputados e Conselho Federal –, não concretizadas na prática. A atividade legiferante foi exercida pelo Chefe do Executivo principalmente pelo uso de decretos-leis.

Formavam o Judiciário, nos termos do art. 90: o Supremo Tribunal Federal, os Juízes e Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e os Juízes e Tribunais Militares. Foi extinta a Justiça Eleitoral.

No tocante à declaração de direitos fundamentais, alguns dos reconhecidos em Constituições brasileiras pretéritas não foram contemplados, como os princípios da irretroatividade das leis e da reserva legal, bem como o mandado de segurança e a ação popular.

Foi instituída a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinema e do rádio, facultado à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação. Nenhum jornal poderia recusar a inserção de comunicados do Governo.

A pena de morte foi cominada não só aos casos previstos na legislação militar, mas também para os crimes de caráter político e em homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade. O art. 186 declarou o estado de emergência, limitativo de direitos e garantias fundamentais, o qual só veio a ser revogado em 30.11.1945, pela Lei n. 16.

A greve e o *lock-out* foram vedados, pois eram considerados *"[...] recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional"* (art. 139).

6 A CONSTITUIÇÃO DE 1946

6.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Ao fim da Segunda Guerra, na qual o Brasil se posicionou ao lado dos "Aliados" (China, França, Grã-Bretanha, União Soviética e Estados Unidos eram as principais potências da coalizão), logo surgiram os movimentos favoráveis à redemocratização do país.

25 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 67.

Ao apoiar os "Aliados", o governo ditatorial do "Estado Novo" entrou em grande contradição, haja vista combater as potências do "Eixo" (destaque para Alemanha, de Hitler, e Itália, de Mussolini), mas sustentou, no plano interno, uma política inspirada justamente nos valores combatidos externamente, isto é, o nazi-fascismo. Tal incongruência fomentou ingentes pressões sobre Getúlio Vargas.

Diante do clima hostil, Getúlio Vargas expediu a Lei Constitucional n. 9, de 28.2.1945, e convocou eleições diretas para Presidente da República. Diante das suspeitas de que ele pretendia dar novo golpe, as Forças Armadas, sob o comando dos Generais Gaspar Dutra e Góis Monteiro, depuseram-no.

Marcadas para 2.12.1945 as eleições para Presidente da República – e também para o Parlamento, Governadorias e Assembleias estaduais –, elegeu o General Eurico Gaspar Dutra.

A Assembleia Constituinte foi instalada em 1.2.1946. Frise-se que nenhum *"[...] anteprojeto serviu de base aos trabalhos, que assim, se processaram diferentemente das Constituições de 1890-1891 e 1933-1934"*[26]. Uma nova Constituição brasileira foi promulgada em 18.9.1946.

Foi selada a redemocratização do país. A diversidade de correntes de opinião representadas na Constituinte – direita, conservadora, centro-democrático, progressistas, socialista e comunista – evidenciou o tom democrático da Carta Política de 1946[27]. Depois da Constituição Imperial de 1891, a de 1946 foi, até então, a mais duradoura pela vigência de vinte anos.

6.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

O texto constitucional de 1946 foi buscar inspiração nos ideais liberais da primeira Constituição republicana (1891) e nos valores sociais da Carta de 1934, o que para José Afonso da Silva constituiu o maior erro da Constituição de 1946:

> Serviu-se, para sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constitui o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente.[28]

Nos termos do art. 1º, os Estados Unidos do Brasil *"[...] mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República"*. Deu especial atenção aos municípios, conferindo-lhes o essencial à autonomia e existência.

A Capital Federal foi inicialmente o município do Rio de Janeiro. O art. 4º do Ato das Disposições Transitórias, no entanto, estabeleceu a transferência da Capital do Brasil para o planalto central do país, implementada no governo do Presidente Juscelino Kubitschek, responsável pela construção de Brasília, que passou a ser a nova Capital em 21.4.1960.

A tripartição dos poderes, mantida apenas no plano teórico durante o "Estado Novo", foi restabelecida.

O Executivo era exercido pelo Presidente da República, eleito de forma direta para mandato de cinco anos, juntamente com o vice. Era coadjuvado por ministros de Estado. O Vice-Presidente exercia as funções de presidente do Senado Federal e possuía apenas voto de qualidade.

26 BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras**: 1946, p. 14.

27 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 84.

28 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 85.

O Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, composto pela (1) Câmara dos Deputados – integrada por representantes do povo, eleitos pelo sistema de representação proporcional, pelos Estados, Distrito Federal e Territórios, para mandato de quatro anos – e (2) Senado Federal – composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos pelo sistema majoritário, para mandato de oito anos –, de modo a ressurgir o bicameralismo igualitário.

Estatuiu pela primeira vez a perda do mandato para os parlamentares no caso de indisciplina, declarada a cassação pela Câmara a que pertencia, consoante art. 48, § 1º, ou no caso de procedimentos incompatíveis com suas funções, pelo voto de dois terços dos membros da respectiva Casa (§ 2º do art. 48).

Narram Aliomar Baleeiro e Barbosa Lima Sobrinho que essa punição *"[...] foi aplicada, logo na primeira legislatura, ao Deputado E. Barreto Pinto, que permitia a jornais e revistas fotografá-lo de casaca e de cuecas com uma garrafa de champanhe sob o chuveiro, além de criar repetidos incidentes no curso dos debates"*[29].

O Poder Judiciário era formado pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos, Juízes e Tribunais Militares, Juízes e Tribunais Eleitorais e Juízes e Tribunais do Trabalho. Deste modo, foi a primeira Carta Magna a prever a Justiça Trabalhista.

Nas declarações de direitos mereceu ênfase o restabelecimento do mandado de segurança e da ação popular. Consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição no art. 141, § 4º, ao narrar que *"a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual"*. Manteve os direitos sociais consagrados durante o "Estado Novo" e a liberdade de imprensa foi absoluta, à exceção de um período de estado de sítio no ano de 1955.

Proibiu a pena de morte – excepcionadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra –, de banimento, de confisco e de caráter perpétuo.

Inovou ao fixar regras para os partidos políticos: *"é vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem"* (art. 141, § 13).

7 A CONSTITUIÇÃO DE 1967

7.1 CONTEXTO HISTÓRICO

O regime constitucional de 1946 foi marcado por diversos levantes militares e golpes de Estado de diferentes intensidades que culminaram no golpe militar de 1964.

Dentre os principais acontecimentos do período situado entre 1946 e 1964, destaca-se a deposição de Getúlio Vargas em agosto de 1954, realizada por Generais, Brigadeiros e Almirantes, e as tentativas de golpe dos Ministros militares Deny, Rademacker e Moss, de 25 a 30 de agosto de 1961, para evitar a posse do Vice-Presidente João Goulart (Jango) em virtude da renúncia do Presidente Jânio Quadros, em data de 25.8.1961[30].

29 BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras**: 1946, p. 20.

30 BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras**: 1946, p. 26-7.

No período em que Jânio renunciou, Jango achava-se na China e as Forças Armadas tentaram impedir o retorno dele do país asiático. O Comandante da Região Militar do Rio Grande do Sul somou forças com o Governador do Estado sulista, Leonel Brizola, cunhado de Jango, para resistir ao levante dos Ministros militares Deny, Rademacker e Moss.

A guerra civil era iminente e só foi evitada por artimanhas políticas hábeis que implicou a substituição do presidencialismo pelo parlamentarismo e substanciosos poderes foram retirados do Presidente, ao passar a governar com um Conselho de Ministros aprovados pela Câmara dos Deputados.

Jango tentou de todas as formas ultimar o novo regime de governo e logrou êxito em 6.1.1963, com a aprovação popular mediante plebiscito que restabeleceu o presidencialismo.

O professor José Afonso da Silva assim sintetiza o governo de Jango:

Jango, despreparado, instável, inseguro e demagogo, desorienta-se. Perde o estribo do poder. Escora-se no peleguismo, em que fundamentara toda a sua carreira política. Perde-se. Sem prestar atenção aos mais sensatos, que, aliás, despreza, cai no dia 1º de abril de 1964, com o Movimento Militar instaurado no dia anterior[31].

Acusado de estar a serviço do comunismo, Jango foi derrubado por um movimento militar liderado pelo General Costa e Silva, Brigadeiro Francisco Correia de Melo e Almirante Augusto Rodemaker, que formaram o denominado **Supremo Comando da Revolução**.

Iniciara-se um dos períodos mais negros da história brasileira – a ditadura militar. Os partidários e simpatizantes de Jango e dos ideais de esquerda foram perseguidos e presos pelos novos detentores do poder.

Com a expedição do Ato Institucional n. 1 (9.4.1964), manteve-se a ordem constitucional em voga, mas impôs várias restrições à democracia, pois o Comando da "Revolução" poderia aposentar civis e militares, suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais independentemente da apreciação desse ato de cassação.

O Congresso Nacional foi fechado em 1966 e reaberto, em seguida, para aprovar a Constituição de 1967, nos termos propostos pelo Ato Institucional n. 4/1966. O projeto da Constituição foi imposto pelo **Comando Militar da Revolução** e, embora tenha sido votado e promulgado pelo Congresso, o texto constitucional de 1967 foi outorgado unilateralmente pelo regime ditatorial militar. Essa Constituição foi "promulgada" em 24.1.67 e entrou em vigor 15.3.67.

O Brasil tinha uma Constituição meramente formal. Na realidade era *"[...] governado pelos Atos Institucionais e Complementares, com o objetivo de consolidar a 'Revolução Vitoriosa', que buscava combater e 'drenar o bolsão comunista' que assolava o Brasil"*[32].

7.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Sofreu fortíssima influência da Carta Magna de 1937. Na linha desta, a Constituição de 1967 esvaziou o poder dos Estados e Municípios e o concentrou na esfera federal, sob o exercício do Presidente da República. Preocupou-se principalmente com a segurança nacional.

Previu a forma de governo republicana e, como forma de Estado, a federativa, embora na prática assemelhasse a um Estado unitário centralizado. A divisão tripartida de poderes foi formalmente mantida.

31 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 86.

32 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 71.

O Poder legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, composto da Câmara dos Deputados e Senado Federal. A primeira era integrada por representantes eleitos do povo, pelo voto direto e secreto, em cada Estado e Território e para mandato de quatro anos. A segunda Casa era formada por representantes dos Estados, eleitos pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário, com mandato de oito anos. A competência do Legislativo foi muito limitada.

O Executivo era desempenhado pelo Presidente da República, eleito para mandato de quatro anos indiretamente por sufrágio do Colégio Eleitoral, integrado por membros do Congresso Nacional e de Delegados indicados pelas Assembleias Legislativas dos Estados, em sessão pública e mediante votação nominal.

O Poder Judiciário da União era exercido pelos seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, Tribunais Federais de Recursos e Juízes Federais, Tribunais e Juízes Militares, Tribunais e Juízes Eleitorais e Tribunais e Juízes do Trabalho. Previu a Justiça Estadual.

Foi garantida, formalmente, a vitaliciedade, exceto por motivo de interesse público, e a irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, no entanto, à tributação. Restringiu a autonomia individual ao permitir a suspensão de direitos e garantias individuais. Definiu os direitos dos trabalhadores de forma mais eficaz que os outros textos constitucionais.

8 A CONSTITUIÇÃO DE 1969

8.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Durou pouco a Constituição de 1967. Em 13.12.1968, foi baixado o Ato Institucional n. 5, conhecido simplesmente como o AI-5, o mais famoso e violento ato editado pela ditadura militar e responsável por romper a ordem constitucional. Registrem-se algumas situações delicadas estabelecidas pela aludida norma:

> O Presidente da República poderia decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por ato complementar em estado de sítio ou fora dele, que só retomariam a atividade se convocados seus membros pelo Presidente da República;
>
> No interesse nacional o Presidente da República poderia decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição;
>
> Os direitos políticos de quaisquer cidadãos poderiam ser suspensos pelo prazo de dez anos e cassados os mandatos eletivos federais, estaduais e municipais;
>
> O Presidente da República poderia, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido ilicitamente, no exercício do cargo ou função;
>
> O remédio constitucional do *habeas corpus* foi suspenso no caso de crimes políticos, contra segurança nacional, a ordem econômica e social e contra a economia popular;
>
> Excluiu-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com o AI-5 e seus atos complementares, bem como os respectivos efeitos.

No mesmo dia em que o AI-5 entrou em vigor, o Congresso Nacional foi fechado, pelo período de dez meses, por força do Ato Complementar n. 38/68.

Impossibilitado de governar por problemas de saúde, o Presidente da República Costa e Silva foi declarado impedido de exercer temporariamente a presidência e o país passou a ser governado por uma Junta Militar composta por Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, responsável pela elaboração do novo texto constitucional, promulgado em 17.10.1969, como Emenda n. 01 à Constituição de 1967.

Ensina José Afonso da Silva que, no plano teórico e técnico, *"[...] não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil"*[33].

Em igual sentido pondera Pedro Lenza: *"[...] dado o seu caráter revolucionário, podemos considerar a EC n. 1/69 como a manifestação de um novo poder constituinte originário, outorgando uma nova Carta, que 'constitucionalizava' a utilização dos atos institucionais"*[34].

A Constituição de 1969 entrou em vigor em 30.10.69 e foi objeto de vinte e cinco emendas.

Durante o governo do General Emílio Médici (30.10.1969 a 15.3.1974), o país experimentou um ótimo momento econômico, conhecido como "milagre econômico", que logo deu lugar à grave crise econômica marcada por forte inflação, sob a presidência de Ernesto Geisel (15.3.1974 a 15.3.1969).

O governo perdeu forças, fato refletido nas eleições legislativas de novembro de 1974 em que saiu derrotado. Em represália editou a Lei n. 6.339, de 1.7.1976, a reduzir a propaganda partidária e prejudicar a oposição[35].

O Presidente Geisel apresentou, ainda, o Pacote de Abril de 1977, conjunto de atos normativos que, dentre outras medidas, dissolveu temporariamente o Congresso Nacional e editou quatorze emendas. Vale destacar as seguintes medidas:

> Reduziu o quorum para aprovação de emenda constitucional de dois terços para maioria absoluta, a flexibilizar a suposta rigidez constitucional;
>
> Um terço dos Senadores passou a ser "eleito" pelo Colégio Eleitoral estadual;
>
> O mandato do Presidente da República foi aumentado de cinco para seis anos;

8.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Estabeleceu em seu art. 1º ser *"o Brasil uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios"*.

Foi mantida a clássica tripartição de poderes, muito embora o poder de fato estivesse concentrado nas mãos Chefe do Executivo, auxiliado por Ministros de Estado para mandato de cinco em vez de quatro anos, posteriormente modificado para seis anos pela Emenda Constitucional n. 8/77. A eleição continuava indireta.

O Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, formado pela Câmara dos Deputados e Senado Federal. A primeira Casa era composta por representantes do povo, eleitos para mandato de quatro

33 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 87.
34 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 74.
35 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 74.

anos; enquanto a segunda Casa era integrada por representantes dos Estados, eleitos para mandato de oito anos, segundo o princípio majoritário.

O Poder Judiciário era exercido pelos seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, Tribunais Federais de Recursos e Juízes Federais, Tribunais e Juízes Militares, Tribunais e Juízes eleitorais, Tribunais e Juízes do Trabalho e Tribunais e Juízes Estaduais.

Os juízes gozavam, salvo as restrições expressas na Constituição, das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, exceto por motivo de interesse público, e irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, no entanto, aos impostos gerais, inclusive o de renda e os impostos extraordinários.

Em obséquio aos interesses ditatoriais, a Constituição de 1969 declarou continuar *"[...] em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados"*, de modo a legitimar a supressão de inúmeros direitos e garantias fundamentais, expediente utilizado durante o autoritário regime militar.

Garantiu, em tese, a livre manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, a prestação de informações independentemente de censura, exceto o atinente *"[...] a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer"* (art. 153, § 8º).

Conquanto tenha assegurado a publicação de livros, jornais e periódicos independentemente de licença da autoridade, preconizou não ser tolerada *"[...] a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes"* (art. 153, § 8º), de maneira a justificar a repressão a qualquer tipo de manifestação contrária ao regime.

9 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

9.1 CONTEXTO HISTÓRICO

O pacote de junho de 1978 marca o início da redemocratização no país. A revogação integral do AI-5 e a suspensão das medidas que cassaram direitos políticos, com base no AI-5, são alguns destaques.

A Lei n. 6.683, de 28.8.1979[36], anistiou todos os que praticaram crimes políticos e conexos. A Lei n. 6.767, de 20.12.1979, implementou a reforma partidária e pôs fim ao bipartidarismo (Aliança Renovadora Nacional – Arena – *versus* Movimento Democrático Brasileiro – MDB).

A Arena passou a ser denominada de Partido Democrático Social – PSD –e do MDB surgiram o Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB –, o Partido dos Trabalhadores – PT –, o Partido Popular – PP –, o Partido Democrático Trabalhista – PDT – e o Partido Trabalhista Brasileiro – PTB.

Em 1982, por força de modificação introduzida pela Emenda Constitucional n. 15/1980, realizaram-se eleições diretas em âmbito estadual. A luta pela redemocratização do país e a instituição de um Estado Democrático de Direito teve início tão logo se instalara o golpe militar em 1964, mas intensificou nos anos de 1983-1984 com o movimento denominado de "Diretas Já".

36 Lei da Anistia.

"Diretas Já" foi um movimento popular de reivindicação por eleições diretas para a Presidência da República. A possibilidade de eleições diretas surgiu com a proposta de Emenda Constitucional apresentada pelo Deputado Federal Dante de Oliveira, em 18.4.1983.

A PEC ganhou o apoio popular e originou o movimento "Diretas Já". A aludida proposta, porém, foi rejeitada. A frustração popular só não foi maior porque um dos principais líderes do movimento, Tancredo Neves, foi eleito Presidente pelo Colégio Eleitoral, em 15.1.85. Após mais de vinte anos de ditadura militar, um civil era eleito Presidente da República.

Entretanto, Tancredo Neves não tomou posse e faleceu. Assumiu a presidência o Vice-Presidente José Sarney, que, não obstante estivera ao lado das forças autoritárias, deu efetividade às promessas democráticas de Tancredo Neves ao nomear uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, integrada por cinquenta membros escolhidos pelo Chefe do Executivo e presidida por Afonso Arinos, nome pelo qual ficou conhecida a Comissão.

A Comissão em apreço foi incumbida de elaborar estudos e o anteprojeto como colaboração à Assembleia Nacional Constituinte. O texto final editado pela "Afonso Arinos" foi rejeitado pelo Presidente José Sarney, dentre outros motivos, por ter adotado o sistema parlamentarista, a diminuir sobremaneira seus poderes[37].

A Emenda Constitucional n. 26, promulgada em 27.11.85, convocou os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para formar a Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, a ser reunida em 1.2.1987, na sede do Congresso Nacional.

A síntese do que foram os trabalhos realizados pela Constituinte é feita pelo doutrinador Luís Roberto Barroso:

Além das dificuldades naturais, advindas da heterogeneidade das visões políticas, também a metodologia de trabalho utilizada contribuiu para as deficiências do texto final. Dividida, inicialmente, em 24 subcomissões e, posteriormente, em 8 comissões, cada uma delas elaborou um anteprojeto parcial, encaminhado à Comissão de Sistematização. Em 25 de junho do mesmo ano, o relato desta Comissão, Deputado Bernardo Cabral, apresentou um trabalho em que reuniu todos estes anteprojetos em uma peça de 551 artigos! A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão de toda ordem, gerou um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo.[38]

Apesar de todas as dificuldades e imperfeições, José Afonso da Silva entende que a Carta produzida pela Constituinte representa *"[...] um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral"*[39].

A Constituição de 1988 foi promulgada em cinco de outubro e constitui o marco da redemocratização do Brasil. Denominada de Constituição Cidadã por Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, teve ampla participação popular durante a elaboração e por ser direcionada para a plena efetivação da cidadania[40].

37 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 77.
38 BARROSO (2006) apud LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 77.
39 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 89.
40 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 77.

9.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A estrutura difere dos textos constitucionais anteriores. É composta por nove títulos: 1) *Dos princípios fundamentais*; 2) *Dos direitos e garantias fundamentais*; 3) *Da organização do Estado*; 4) *Da organização dos poderes*; 5) *Da defesa do Estado e das instituições democráticas*; 6) *Da tributação e do orçamento*; 7) *Da ordem econômica e financeira*; 8) *Da ordem social*; e 9) *Das disposições constitucionais gerais*.

São ao todo duzentos e cinquenta artigos que formam o conteúdo permanente da Constituição, mais noventa e seis artigos na parte transitória, denominada de Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. O texto original já foi modificado por sessenta e oito Emendas Constitucionais.

O art. 3º do ADCT estabeleceu a revisão da Constituição após cinco anos de sua promulgação, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Os trabalhos de revisão foram iniciados em 7.10.1993 e após duzentos e trinta e sete dias de trabalho foram aprovadas seis Emendas Constitucionais de Revisão.

Pelo preâmbulo da Carta Magna de 1988 foi instituído *"[...] um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]"*.

A forma de governo adotada foi a republicana e a de Estado a federativa. O sistema de governo era presidencialista. Registre-se que o art. 2º do ADCT agendou para o dia 7.9.1993 plebiscito para definição da forma (república ou monarquia constitucional) e do sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), consulta popular antecipada para 21.4.1993 e confirmou a manutenção da república constitucional e o sistema presidencialista de governo.

São fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, nos termos do art. 1º.

A supremacia do Executivo imperante no regime anterior foi extirpada e instituiu-se maior equilíbrio entre os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, em especial pela técnica de "freios e contrapesos"[41].

O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. É eleito diretamente pelo povo. O mandato que inicialmente era de cinco anos, com a Emenda Constitucional de Revisão n. 5/1994, passou a ser de quatro anos. A reeleição para o período subsequente que era vedada pelo texto original foi permitida, após a Emenda Constitucional n. 16/1997, limitada a uma única vez.

O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. A primeira Casa é composta por representantes do povo, eleitos pelo voto direto, secreto e universal e pelo sistema proporcional, para mandato de quatro anos. A segunda compõe-se de representantes das Unidades Federativas e do Distrito Federal, eleitos pelo sistema majoritário, para mandato de oito anos.

Nos termos do art. 92, são órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça; o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

41 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 79.

A Constituição de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça – STJ –, também denominado "Tribunal da Cidadania", cuja função essencial é zelar pela uniformidade da interpretação da legislação federal brasileira. Ao Supremo Tribunal Federal – STF – incumbe julgar os temas constitucionais. Nos termos do art. 102, *caput*, compete à Corte Suprema precipuamente a guarda da Constituição.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ – foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004. É composto em sua maior parte por membros do Judiciário (nove ao todo), por um membro do Ministério Público da União e um do Ministério Público Estadual, por dois advogados e, ainda, por dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, todos com mandato de dois anos, permitida uma recondução. Compete ao CNJ o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Foram garantidas aos magistrados: a) a vitaliciedade que, no primeiro grau, será adquirida após dois anos de exercício. Dependerá a perda do cargo, nesse interregno, de deliberação do Tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; b) a inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público; c) a irredutibilidade de subsídio, ressalvados os casos previstos na Constituição.

Consagrou os princípios democráticos e a garantia dos direitos individuais e coletivos fundamentais. Manteve e ampliou a diretriz das Constituições pretéritas relativamente aos direitos fundamentais.

Leciona Caio Tácito que os direitos e liberdades fundamentais *"[...] são praticamente os mesmos, com desdobramentos e particularismos que visam a coibir abusos de direito. De outra parte, diversas garantias e direitos que tradicionalmente figuram no direito comum passam a ter status constitucional"*[42].

Dentre as inovações, cumpre mencionar a previsão de inafiançabilidade dos crimes de tortura e racismo. Criou o remédio constitucional denominado de "mandado de injunção", instrumento cabível contra a inércia legislativa, a teor do art. 5º, LXXI: *"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"*.

Introduziu também outros dois remédios: o mandado de segurança coletivo, que pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; e o *habeas data*, medida utilizada para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como para a retificação de dados, se não preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Os direitos sociais dos trabalhadores foram ampliados. No art. 7º estão enumerados, em trinta e quatro incisos, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. O art. 8º regula a associação profissional ou sindical.

Assegura expressamente o direito de greve, no art. 9º, bem como a participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus respectivos interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação, consoante art. 10. Garante também a eleição de um representante dos empregados em empresas com mais de duzentos trabalhadores, com a finalidade exclusiva de promover o entendimento direto com os empregadores, nos termos do art. 11.

De forma inédita, prevê um capítulo específico sobre o "meio ambiente". Preocupou-se com a defesa dos direitos difusos ao estatuir que *"o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"* (art. 5º, XXXII).

42 TÁCITO, Caio. **Constituições brasileiras**: 1988, p. 25.

Marca desta Constituição é consagração dos direitos de terceira geração, a despeito da preocupação com a preservação do meio ambiente e a proteção dos direitos difusos dos consumidores.

Trata-se de Constituição rígida, haja vista a modificação exigir um processo mais árduo e dificultoso do que o processo para alteração das outras espécies normativas. Conforme § 2º do art. 60, *"a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros"*.

Veda-se a emenda da Constituição na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio e não será objeto de deliberação a proposta de emenda destinada a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. São as chamadas cláusulas pétreas.

10 CONCLUSÃO

Em quase dois séculos, o Brasil já experimentou oito textos constitucionais. A atual Constituição Brasileira, promulgada em 5.10.1988, já com vinte e três anos de existência, é a segunda mais duradoura e perde apenas para a Constituição do Império que vigeu por sessenta e cinco anos. A mais breve foi a Constituição de 1967, com dois anos de vigência.

A alteração das Constituições brasileiras ao longo dos anos deve-se especialmente às vicissitudes políticas por que passou o país. A rigor, cada ruptura na ordem política do Estado correspondeu a uma nova Carta Política.

Sucedeu, assim, com a Constituição de 1891, editada logo após a proclamação da República que decretou o fim da Constituição Imperial, marcada pelo absolutismo e centralismo político e administrativo.

A primeira Constituição da República, em 1891, absorveu os valores republicanos e o federalismo do constitucionalismo norte-americano, previu os direitos humanos de primeira geração que, de modo geral, haviam sido abordados pela primogênita Constituição brasileira sob o regime do Império, a de 1824.

A derrota do poder oligárquico imperante durante a Primeira República redundou na edição do Texto Constitucional de 1934, imbuído dos ideais da democracia social propalados pela Constituição alemã de Weimar. Foram consagrados, portanto, os direitos humanos de segunda dimensão.

Com a ditadura, foi formulada nova Constituição, a de 1937, impregnada por forte centralismo administrativo e político, reflexo do autoritarismo do regime implantado por Getúlio Vargas. Foi substituída, em seguida, pela Magna Carta de 1946 ao estabelecer a redemocratização do país, influenciada pelos ideais liberais da Carta Política de 1891 e pelos valores sociais da de 1934.

As Constituições seguintes, as de 1967 e 1969, elaboradas sob a ditadura militar, não fizeram senão refletir os valores e princípios do regime detentor do poder político, a implicar, em síntese, a limitação dos direitos e garantias fundamentais e dos direitos políticos.

O fim da ditadura militar e a redemocratização do Brasil foram selados com a promulgação da Constituição de 1988, ao instituir um Estado Democrático de Direito e não apenas manter os direitos e liberdades fundamentais previstos nas Constituições passadas, senão ampliá-los. Dedicou atenção especial aos direitos sociais e consagrou direitos humanos de terceira dimensão como a proteção ao meio ambiente e aos direitos difusos dos consumidores.

11 REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**: 1891. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras:** 1946. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras**: 1934. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TÁCITO, Caio. **Constituições brasileiras**: 1988. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Órgão Especial
Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2011.001164-3 - Capital
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL QUE REGULA LOCAL E HORÁRIO DE EVENTOS FESTIVOS, BEM COMO NÍVEIS DE PRESSÃO SONORA – NORMA QUE APARENTEMENTE PADECE DE VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR EXTRAPOLAR LIMITES ESTABELECIDOS PELA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – CONCESSÃO DE LIMINAR SUSPENSIVA DA EFICÁCIA DA NORMA – MEDIDA QUE SE IMPÕE.

Verificada a fumaça do bom direito e o perigo na demora diante da manutenção da eficácia de Lei Municipal potencialmente maculada por vício de inconstitucionalidade, é de rigor a concessão da medida cautelar para determinar a sua suspensão, justificando-se a eficácia retroativa, caso presentes as razões que a autorizem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e com o parecer, julgar procedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o 9º Vogal.

Campo Grande, 23 de novembro de 2011.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Ministério Público Estadual propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Câmara Municipal de Corumbá, visando ao decreto de invalidade da Lei Complementar Municipal n. 117, de 19 de fevereiro de 2008, cujo teor tem por objeto a definição do horário e local de eventos festivos, bem como do nível e ruído máximo permitido.

Sustenta ofensa ao artigo 222, parágrafo 2º, inciso II, da Constituição Estadual, por supostamente terem sido desconsiderados, quando da edição da Lei Complementar Municipal, em questão, os níveis máximos de som ou ruídos previstos nas normas técnicas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), em prejuízo da saúde e qualidade de vida da população em geral.

Requer, então, a suspensão *ad cautelam* dos efeitos dos artigos 5º e 14º, incisos VI, VII e VIII, da Lei impugnada, com ulterior procedência quanto ao mérito, a fim de ser reconhecida a invalidade dos preceitos referidos em atenção à supremacia das normas constitucionais.

Intimados previamente à aferição da medida cautelar, pronunciou-se a autoridade competente, manifestando-se pela ausência dos pressupostos aptos à concessão da liminar (f. 105-8).

Nos termos do art. 597 do RITJ-MS, submeto a apreciação da cautelar ao Órgão Especial.

VOTO (EM 9.11.2011)

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Cuida-se de pedido cautelar em ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo *Parquet* em face da Câmara Municipal de Corumbá, visando à suspensão dos efeitos da Lei Complementar Municipal n. 117, de 19 de fevereiro de 2008, que definiu horário e local de eventos festivos, bem como o nível e ruído máximo permitido em suposta afronta ao artigo 222, § 2º, II, da Constituição Estadual.

Pois bem, como é sabido, a concessão de medida liminar em sede de ação direta de inconstitucionalidade deve atender à exigência de requisitos como a demonstração do *fummus boni iuris* e o *periculum in mora.*

A respeito, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[1], *in verbis:*

> [...] 1. Medida Cautelar. Admite-se a concessão de medida cautelar em ADIn, para garantir a eficácia do acórdão que decidir a respeito do mérito da ação direta. Os requisitos são os exigidos para toda e qualquer ação cautelar, notadamente o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. A aparência do direito se verifica quanto a inconstitucionalidade é demonstrada *prima facie*, ainda que de forma superficial, mediante cognição sumária do STF. O perigo da demora caracteriza-se quanto o autor da ADIn demonstrar que a demora no julgamento do mérito pode trazer conseqüências danosas para a ordem pública, razão pela qual a cautelar tem de ser concedida [...].

No caso vertente, a prova inequívoca da verossimilhança da alegação está consubstanciada na promulgação de lei municipal que dispõe sobre local e horário de eventos festivos e nível de ruído máximo permitido em afronta ao artigo 222, § 2º, II, da Constituição Estadual e limites estabelecidos pela Resolução Conama n. 01/90 e NBR n. 10.151.

A sobredita Lei Complementar Municipal, a pretexto de resguardar interesse local a respeito do local e horário de realização de eventos festivos, bem como nível de pressão sonora, extrapola os limites estabelecidos pela Constituição Estadual e especifica genericamente locais e horários, quando em seu artigo 5º fixa, sem qualquer distinção de área ou atividade, o nível de ruído em 65 dB, no período diurno, e em 55 dB, no período noturno, enquanto a Resolução do Conama n. 01/90 e NBR n. 10.151 trazem limites inferiores e locais e horários determinados.

Assentadas tais premissas**, à primeira vista e sem prejuízo de ulterior juízo vertical e exauriente de mérito,** a Lei impugnada, ao criar tipos de indeterminação e subjetivismo para definir local e horário, bem como ao extrapolar níveis de pressão sonora, aparenta sofrer de inconstitucionalidade formal orgânica, ou seja, de inobservância da competência legislativa própria para o ato.

A teor do art. 17º, I e II, da Constituição Estadual, compete ao Município legislar autonomamente **apenas** sobre assuntos de interesse local. Evidentemente, só poderá suplementar a legislação federal e estadual no que couber, ou seja, naquilo que lhe for expressamente permitido e sem qualquer inovação colidente com a seara legiferante precípua conferida aos demais entes da Federação.

Ora, compete exclusivamente à União e aos Estados disporem sobre controle de poluição sonora, já existindo, neste último aspecto, regulamentação federal expressa, consistente na Resolução do Conama n. 01/90 e NBR n. 10.151. Portanto, nenhuma particularidade Municipal impera na espécie, apta a justificar imprecisões ou níveis superiores de pressão sonora.

1 **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional atualizada até 10.4.2006**. São Paulo: RT. p. 554.

Ademais, fora esse vício de forma, no tocante ao seu conteúdo, traz prejuízos à saúde e qualidade de vida da população em geral, valendo-se de termos vagos e indeterminados, desprovidos de objetividade capaz de sustentar o mínimo de segurança jurídica e certeza em prol da população.

Mercê de tais considerações, concedo a medida cautelar, determinando a suspensão da eficácia do artigo 5º e 14º, incisos VI, VII e VIII, da Lei Complementar Municipal n. 117, de 19 de fevereiro de 2008, com efeito retroativo (*ex tunc*). Sem prejuízo do decidido, determino a expedição de notificação à Câmara Municipal, para que preste informações quanto ao mérito, no prazo de 30 dias. Após, à Procuradoria-Geral de Justiça para, em 15 dias, emitir parecer.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (1ª Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

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

Peço vênia ao i. relator para indeferir a cautelar, pois, a meu ver, não se encontram presentes os requisitos para a suspensão cautelar da norma impugnada.

Ocorre que, ao menos nesta análise superficial, típica desta fase processual, não verifico que a regulamentação de horário e local para realização de eventos festivos pelo município, bem como a estipulação de limite máximo de nível de ruído em 65 dB no período diurno e 55dB no período noturno ofenda o que dispõe o artigo 222, § 2º, II, da Constituição Estadual, que a seguir reproduzo:

> Art. 222. Toda pessoa tem direito a fruir de um ambiente físico e social livre dos fatores nocivos à saúde.
>
> [...]
>
> § 2º Incumbe ainda ao Poder Público:
>
> [...]
>
> II - prevenir e controlar a poluição e seus efeitos;

É certo que o limite inserto da lei inquinada de inconstitucionalidade não é idêntico aos limites contidos na Norma Técnica NBR n. 10.151, contudo, ao menos perfunctoriamente, não vejo elementos nos autos que demonstrem que o município, que possui no federalismo adotado pela Constituição Federal competência para legislar sobre assuntos de interesses locais, esteja, necessariamente, vinculado aos limites sugeridos pela ABNT.

Ora, será que um município de pequeno porte como Corumbá, conhecido pela festividade de seus cidadãos e que vem se tornando um polo cultural deste Estado com seus festivais, como o que se inicia coincidentemente na data de hoje (Festival América do Sul), não poderia mesmo fixar um limite de tolerância da poluição sonora um pouco superior ao fixado em normas técnicas elaboradas genericamente para um país de dimensões continentais?

Essa é uma indagação que deve ser apreciada no julgamento do mérito, contudo, por ora, mostra-se, a meu ver, suficiente para afastar a presença da fumaça do bom direito.

De qualquer forma, não se pode olvidar que a lei impugnada está em vigor há mais de três anos, fato que, por si só, evidencia a ausência do alegado perigo da demora.

Nesse sentido, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que:

> O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza - não obstante o relevo jurídico da tese deduzida - o reconhecimento da situação configuradora do *periculum in mora*, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada.[2]

Ante o exposto, *concessa venia*, indefiro a presente medida cautelar.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão do dia 23.11.2011 em face do pedido de vista do Des. Rubens, após o relator e os Des. Tânia e Paschoal julgarem procedente a ação e o Des. Sérgio improcedente. Os demais aguardam. Ausente, justificadamente, o 10º Vogal.

VOTO (EM 23.11.2011)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (5º Vogal)

Ministério Público Estadual propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de Câmara Municipal de Corumbá, alegando que os artigos 5º e 14º, incisos VI, VII e VIII, da Lei Municipal n. 117/2008 ofendem o disposto no artigo 222, § 2º, inciso II, da Constituição Estadual, visto que definem horário e local de eventos festivos, desconsiderando os níveis máximos de sons e ruídos estabelecidos pelas normas técnicas da ABNT.

Acompanho o e. relator que julgou procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 5º e 14º, incisos VI, VII e VIII, da Lei Municipal n. 117/2008.

Com efeito, estabelece o artigo 222, § 2º, inciso II, da Constituição Estadual:

> Art. 222. Toda pessoa tem direito a fruir de um ambiente físico e social livre dos fatores nocivos à saúde.
>
> § 1º Incumbe ao Poder Público, através de órgãos próprios e do apoio a iniciativas populares, proteger o meio ambiente, preservar os recursos naturais, ordenando seu uso e exploração, e resguardar o equilíbrio do sistema ecológico, sem discriminação de indivíduos ou regiões, através de política de proteção do meio ambiente definida por lei.
>
> § 2º Incumbe ainda ao Poder Público:
>
> II - prevenir e controlar a poluição e seus efeitos;
>
> O artigo 24 da Constituição Federal estabelece que:
>
> 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;
>
> § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

2 ADIn n. 534 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 27.6.1991, DJ de 8.4.1994, PP-07239 EMENT VOL-01739-02 PP-00210

> § 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.

Note-se que as normas gerais sobre proteção do meio ambiente são normas de competência da União, como é o caso das Resoluções do Conama e da ABNT.

Por sua vez, acerca das normas gerais mencionadas na Constituição Federal, dispõe o artigo 8º da Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente:

Art. 8º Compete ao Conama:

> I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA;
>
> II - determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis conseqüências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental, e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional.
>
> IV - homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental; (VETADO)
>
> V - determinar, mediante representação do IBAMA, a perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, em caráter geral ou condicional, e a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;
>
> VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes;
>
> VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.
>
> Parágrafo único. O Secretário do Meio Ambiente é, sem prejuízo de suas funções, o Presidente do Conama.

E ainda, de acordo com o artigo 3º da Lei n. 6.938/81:

> Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
>
> I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;
>
> II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

> III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
>
> a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
>
> [...]

Como é cediço, em se tratando de poluição sonora, tanto a Resolução Conama n. 01/90, que *"dispõe sobre critérios de padrões de emissão de ruídos decorrentes de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política"* quanto as normas da ABNT são tidas como normas gerais ditadas pela União e de observância obrigatória pelos demais entes federados.

A Resolução acima mencionada assim estabelece:

> O CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - Conama, no uso das atribuições que lhe confere o Inciso I, do § 2º, do art. 8º do seu Regimento Interno, o art. 10º da Lei nº 7.804, de I5 de julho de 1989 e;
>
> Considerando que os problemas dos níveis excessivos de ruído estão incluídos entre os sujeitos ao Controle da Poluição de Meio Ambiente;
>
> Considerando que a deterioração da qualidade de vida, causada pela poluição, está sendo continuamente agravada nos grandes centros urbanos;
>
> Considerando que os critérios e padrões deverão ser abrangentes e de forma a permitir fácil aplicação em todo o Território Nacional, resolve:
>
> I - A emissão de ruídos, em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política, obedecerá, no interesse da saúde, do sossego público, aos padrões, critérios e diretrizes estabelecidos nesta Resolução.
>
> II - São prejudiciais à saúde e ao sossego público, para os fins do item anterior, os ruídos com níveis superiores aos considerados aceitáveis pela Norma NBR n.10.15179 - Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade, da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.
>
> III - Na execução dos projetos de construção ou de reformas de edificações para atividades heterogêneas, o nível de som produzido por uma delas <u>não poderá ultrapassar os níveis estabelecidos pela NBR n.10.152 – Níveis de Ruído para conforto acústico80, da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.</u>
>
> IV - A emissão de ruídos produzidos por veículos automotores e os produzidos no interior dos ambientes de trabalho obedecerão às normas expedidas, respectivamente, pelo Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN e pelo órgão competente do Ministério do Trabalho.
>
> V - As entidades e órgãos públicos (federais, estaduais e municipais) competentes, no uso do respectivo poder de polícia, disporão de acordo com o estabelecido nesta Resolução, sobre a emissão ou proibição da emissão de ruídos produzidos por qualquer meio ou de qualquer espécie, considerando sempre os locais, horários e a natureza das atividades emissoras, com vistas a compatibilizar o exercício das atividades com a preservação da saúde e do sossego público.
>
> VI - <u>Para os efeitos desta Resolução, as medições deverão ser efetuadas de acordo com a NBR n. 10.151 - Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade, da ABNT.</u>

VII - Todas as normas reguladoras da poluição sonora, emitidas a partir da presente data, deverão ser compatibilizadas com a presente Resolução.

VIII - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Analisando, portanto, o acima disposto, vê-se que a Resolução do Conama e as normas da ABNT estabelecem limites de locais, horários e ruídos a serem obedecidos.

E a lei impugnada, ao deixar de definir os locais e decibéis em conformidade com os limites estabelecidos pelo Conama e pelas normas da ABNT, para fins de poluição sonora, ofende os comandos constitucionais que determinam a observância de referidas normas gerais.

Como bem observado pelo e. Relator, *"o conteúdo ora impugnado traz prejuízos a saúde e qualidade de vida da população em geral, valendo-se de termos vagos e indeterminados, desprovidos de objetividade capaz de sustentar o mínimo de segurança jurídica e certeza em prol da população vulnerando, por conseguinte, o artigo 222, § 2º, inciso II da Constituição Estadual."*

De efeito, a Lei Municipal está a contrariar o § 4º do artigo 24, porquanto, se a expedição de Lei Federal resulta na ineficácia de eventual Lei Estadual com disposições gerais e, portanto, também da eventual Lei Municipal, a promulgação de Lei Municipal que contrarie as disposições gerais de Lei Federal, traz o vício da inconstitucionalidade.

Observe-se, ainda, a despeito de o Município de Corumbá tratar-se de um polo cultural, em razão da realização de suas festividades, como bem ressalvado pelo e. Relator, *"tal característica não serve para embasar um tratamento diferenciado em ofensa a garantia constitucional da igualdade, pois se assim fosse, outros Municípios também conhecidos por suas festividades teriam direito à discricionariedade quanto ao nível de poluição sonora, o que geraria grave risco à saúde da população."*

Assim, diante da inobservância ao que estabelecem às normas gerais sobre poluição sonora, como determina a Constituição Federal, deve ser declarada a inconstitucionalidade dos artigos 5º e 14º, incisos VI, VII e VIII, da Lei Complementar Municipal n. 117/2008.

Acompanho o e. Relator, para julgar procedente o pedido.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (6º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (7º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

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

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (10º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. João Maria Lós (11º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (12º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (13º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (14º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (1º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 9º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Luiz Carlos Santini, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, Hildebrando Coelho Neto, Julizar Barbosa Trindade e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 23 de novembro de 2011.

***

Primeira Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2011.008331-4 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PASSÍVEL O ATAQUE DE ATO JUDICIAL POR *MANDAMUS* QUANDO TERATOLÓGICO – DECADÊNCIA – PRAZO DE 120 DIAS DESDE A CIÊNCIA INEQUÍVOCA RESPEITADO – MÉRITO – INTIMAÇÃO PARA RESPOSTA AO AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO INÓCUA – ADVOGADO NÃO CONSTITUÍDO NOS AUTOS – PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO MALFERIDO – INEXISTÊNCIA DO PROCESSO – TRÂNSITO EM JULGADO INOCORRENTE – ÓBICES DO ARTIGO 5º, III, DA LEI N. 12.016/2009 E SÚMULA N. 268 DO STF NÃO INCIDENTES – ORDEM CONCEDIDA.

Verificado que o ato coator apontado funda-se em manifesta ilegalidade de difícil reparabilidade senão pelo remédio constitucional adotado, qual seja, ausência de cientificação do agravo interposto, não há falar em inadequação da via eleita.

A contagem do prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do mandado de segurança somente tem início a partir de quando a parte tem ciência inequívoca do ato impugnado, o que, *in casu*, deu-se quando a ora impetrante interveio nos autos originários tomando conhecimento da interposição do agravo de instrumento, no qual fora efetuada uma pseudointimação.

Ao entender o desembargador relator pela necessidade de comunicação da parte contrária (ora impetrante) para que esta fosse informada do agravo de instrumento e oportunizada sua manifestação, como externado no despacho de recebimento do agravo de instrumento, imprescindível se tornou sua citação naquele momento. Afigurando-se totalmente ilógica a intimação em nome de advogado não constituído nos autos.

Desrespeitado o princípio do contraditório como vetor do princípio mor processual-constitucional, qual seja, do devido processo legal, exsurge vício de inexistência no julgamento do recurso de agravo de instrumento manejado, de modo que não ocorrente o aparente trânsito em julgado, sendo inaplicáveis, por consequência, os óbices do artigo 5º, III, da Lei n. 12.016/2009 e da Súmula n. 268/STF. Precedentes STJ.

Incontroverso, portanto, o direito líquido e certo à nova e real oportunização de resposta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e contra o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do relator. Absteve-se de votar, por ausência no início do julgamento, o 4º Vogal.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2011.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Center Modas Calçados e Confecção Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Desembargador Presidente da Segunda Turma Cível deste Tribunal de Justiça, consubstanciado em suposta nulidade na condução do agravo de instrumento interposto por Moisés Aron Pup em face da ora impetrante.

Discorreu, resumidamente, que foi proposta ação de despejo (n. 001.10.023846-8) por Moisés Aron Pup contra si, requerendo medida liminar de desocupação do imóvel, a qual restou indeferida pela magistrada de primeira instância, ensejando a interposição de agravo de instrumento (n. 2010.021859-8).

Afirmou, em sequência, que, quando da análise do recurso, houve intimação em nome de advogado ainda não constituído nos autos originários para respondê-lo, de modo que ocorrente nulidade absoluta fundado no cerceamento de defesa, ainda mais se considerado o não cumprimento do disposto no artigo 526 do Código de Processo Civil pelo então agravante.

Ponderou a inaplicabilidade da Súmula n. 268 do Supremo Tribunal Federal, visto que a deficiência no aperfeiçoamento da relação processual gera nulidade *ipso iure*, razão pela qual não há falar em coisa julgada.

Esclareceu que é pela citação e intimação que se estabelece o contraditório, cientificando a parte contrária da imputação que lhe recai e oportunizando a defesa mais ampla possível (artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).

Argumentou a violação aos artigos 524, 525 e 544, § 1º, do Código de Processo Civil, pois, ante a ausência de peça essencial, qual seja, procuração do advogado da parte contrária, seria imperioso o não conhecimento do agravo de instrumento, ou o relator deveria ter determinado sua citação, já que, na oportunidade, ainda inexistente.

Sustentou, assim, a presença do direito líquido e certo pautado no devido processo legal, ampla defesa e contraditório, motivo por que requereu a concessão da ordem, a fim de anular o processo de agravo de instrumento a partir da inválida intimação.

A medida liminar foi concedida às f. 150-3.

A autoridade apontada como coatora apresentou as informações de estilo às f. 159-67, aduzindo, preliminarmente, decadência do direito perquirido e, no mérito, pela legalidade do procedimento adotado.

Parecer Ministerial às f. 172-8 opinando pelo acolhimento das preliminares de decadência e inadequação da via eleita. Meritoriamente, pela denegação da ordem.

O terceiro interessado, Moisés Aron Pup, apesar de intimado, não se manifestou (f. 192-verso e 193).

VOTO (EM 7.11.2011)

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Versam os autos sobre mandado de segurança impetrado contra ato do Desembargador Presidente da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que supostamente teria conduzido o julgamento do Agravo de Instrumento n. 2010.021859-8 eivado de nulidade absoluta, porquanto ausente intimação válida para responder ao recurso.

Consta do caderno processual que Moisés Aron Pup ajuizou ação de despejo fundado em denúncia vazia em face da impetrante com pedido de medida de urgência para desocupação do imóvel (f. 52-70), o qual foi negado em sede liminar pela magistrada *a quo* (f. 71), ensejando a interposição do Agravo de Instrumento n. 2010.021859-8.

Ao receber o recurso, o relator, Desembargador Julizar Barbosa Trindade, atribuiu efeito suspensivo, solicitou informações do juízo da causa e determinou a intimação da parte contrária para que, querendo, apresentasse resposta no prazo legal (f. 91).

A intimação ocorreu em nome de advogado não constituído nos autos (f. 134), uma vez que nem a citação havia sido realizada, pois, como dito, tratava-se de análise de medida liminar.

Seguiu-se, então, o julgamento do referido agravo, relatando o julgador a informação prestada pelo magistrado singular de que não havia sido cumprido o disposto no artigo 526 do Código de Processo Civil e que, apesar de intimada, a agravada quedou-se inerte (f. 102-5). Ao final, o agravo foi provido para conceder a medida de desocupação do imóvel. A publicação do *decisum*, datada de 21 de setembro de 2010, novamente foi endereçada ao mesmo advogado sem procuração nos autos (f. 135).

Diante da decisão do agravo, o juiz de primeira instância determinou a expedição de mandado citatório e intimação para que desocupasse o imóvel (f. 106), sendo que antes que se efetivasse, em 2 de março de 2011, manifestou-se a ora impetrante, então ré, para requerer a juntada de procuração e carga dos autos (f. 128).

Em 15 de março 2011, peticionou a ora impetrante perante o relator do feito, denominada Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico (f. 27-138), pleiteando o reconhecimento da nulidade absoluta dos atos processuais advindos do Agravo de Instrumento n. 2010.021859-8, o que foi indeferido pelo então relator (f. 141-2), sob o argumento de que incabível a espécie de ação no juízo de segundo grau e correta a intimação feita.

Subsequentemente (25 de março de 2011) foi impetrado o presente *writ*.

Feita essa digressão do contexto fático-processual *sub examine*, por ordem de prejudicialidade, analiso as questões postas em liça.

Da inadequação da via eleita

Alega o *Parquet* que incabível a impetração de mandado de segurança para atacar decisão judicial.

Sem razão, no entanto. Depois de setenta anos de polêmica, é hoje assente o cabimento do mandado de segurança contra atos jurisdicionais, embora ainda haja resíduos de controvérsia acerca dos limites em que tal se dá. Há razoável consenso sobre a admissibilidade do mandado de segurança para controle de ato (ou, mais amplamente, "comportamento") jurisdicional, desde que presentes os seus específicos pressupostos, ao menos nas seguintes hipóteses: a) contra decisão da qual não caiba recurso algum; b) contra decisão da qual não caiba recurso com efeito suspensivo ou apto a desde logo propiciar a providência negada pela decisão; c) contra omissões, em si mesmas não recorríveis; d) por terceiros em relação ao processo, atingidos por seus atos e e) contra a sentença juridicamente inexistente ou absolutamente ineficaz[1].

A respeito, bem elucida Teresa Arruda Alvim Wambier, na valiosa obra **Nulidades do Processo e da Sentença**. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 454:

1 TALIMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão –** Coisa julgada e Constituição, O regime infraconstitucional da coisa julgada, A ação rescisória e outros meios rescisórios típicos, Os limites da revisão atípica ("relativização") da coisa julgada e As sentenças inexistentes. São Paulo: RT, 2005. p. 515-8.

Qual seria essa característica, capaz de tornar a situação excepcional, de molde a possibilitar o uso do *writ* contra ato do juiz?

Exame da jurisprudência mais recente nos leva a afirmar que este plus é a perspectiva iminente da ocorrência de um dano de difícil reparabilidade para a parte, em virtude da produção de efeitos do ato impugnado (que, para que enseje cabimento do mandado de segurança, deve ser ilegal e ofender direito líquido e certo da parte).

Por isso é que se tem afirmado, embora ainda não de uma forma sistemática, que o mandado de segurança é cabível contra o ato do juiz, desde que o remédio, previsto pela lei processual, como adequado para o caso, não seja enérgico o bastante para evitar a ocorrência do dano.

Por oportuno:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. DECISÃO PASSÍVEL DE RECURSO PRÓPRIO. SÚMULAS N. 267 E N. 268 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILEGALIDADE, ABUSIVIDADE OU TERATOLOGIA. INEXISTÊNCIA.

[...]

II – O uso do *writ* para combater ato judicial, admitido excepcionalmente pela jurisprudência, pressupõe que o ato tenha deformação teratológica e seja, portanto, manifestamente ilegal, caracterizando-se como *aberratio juris*. E ainda: acarrete danos graves e irreparáveis ou de difícil ou improvável reparação, circunstâncias a que não se ajusta a hipótese dos autos.

Recurso a que se nega provimento. (STJ, MS n. 20793/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 10.4.2006, p. 167) - grifo nosso.

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. PROCESSAMENTO DE *HABEAS CORPUS*. CONCESSÃO DE PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO. DESCABIMENTO. MEDIDA DE CARÁTER CORREICIONAL. COMPROVAÇÃO DA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. NÃO-IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO SUFICIENTE À MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULAS N. 182/STJ E N. 283/STF. RECURSO NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Quando a suposta ilegalidade deriva de ato judicial, o cabimento do *writ* requer a demonstração da teratologia do *decisum* impugnado, bem como a ausência de recurso com efeito suspensivo, ou ainda que a situação não pode ser resolvida por meio de intervenção correicional. Aplicação do art. 5º, II, da Lei n. 12.016/09 e da Súmula n. 267/STF.

[...] (STJ, AgReg no MS n. 15.943/DF, Corte Especial, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 31.3.2011).

Sendo certo que o ato coator delineado funda-se em manifesta ilegalidade de difícil reparabilidade senão pelo remédio constitucional adotado, qual seja, ausência de cientificação do agravo interposto, rejeito o óbice suscitado.

Da decadência

Quanto à aventada decadência, dispõe o artigo 23[2] da Lei n. 12.016/2009, repetindo o teor do artigo 18 da Lei n. 1.533/1951, que o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. Entende-se que tal prazo não é de prescrição, mas de decadência, não se submetendo a motivos de suspensão ou interrupção[3].

Nessa linha de raciocínio, extrai-se dos autos que, ante a ausência de cientificação válida da interposição do agravo de instrumento, a ora impetrante apenas tomou conhecimento do recurso mencionado quando interveio nos autos principais em 2 de março de 2011 (f. 128), sendo este o momento em que teve ciência inequívoca da violação de direito que lhe foi desfavorável.

Sob esse prisma, o *dies a quo* do prazo decadencial foi o da manifestação *sponte propria* nos autos principais, fazendo carga deles, ou seja, 2.3.2011. À f. 2, infere-se que o *mandamus* foi impetrado em 25.3.2011, bem se vê, então, que a impetrante respeitou o lapso decadencial.

A respeito, a jurisprudência uníssona do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 18 DA LEI N. 1.533/51. TERMO INICIAL. DATA DE CIÊNCIA DA AMEAÇA DE LESÃO. PRECEDENTES.
>
> 1. A fluência do prazo decadencial no mandando de segurança tem início na data em que o interessado tiver ciência inequívoca da pretensa lesão a seu direito. (MS n. 26.267/AM, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 17.11.2008).
>
> 2. Nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/51, passados 120 dias da ciência, pelo impetrante, da suposta lesão ou ameaça de lesão a seu direito líquido e certo, opera-se a decadência do direito de manejar o mandado de segurança.
>
> [...]
>
> 5. Não há dúvidas, portanto, de que o prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança se inicia da ciência inequívoca da parte acerca do ato impugnado, o que, na espécie, se deu com a publicação da última decisão no Diário Oficial do Distrito Federal.
>
> 6. Recurso especial provido. (REsp n. 1220893/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 27.4.2011) - grifo nosso.
>
> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DELEGADO DE POLÍCIA. PROMOÇÃO ANUAL. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 114/2005. PRAZO DECADENCIAL. ART. 18 DA LEI N. 1.533/1951.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a fluência do prazo decadencial no Mandado de Segurança tem início na data em que o interessado teve ciência inequívoca do ato atacado, independentemente da interposição de eventual Recurso Administrativo, salvo se recebido com efeito suspensivo.
>
> [...]
>
> 4. Agravo Regimental não provido. (AgReg no MS n. 33416/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 10.5.2011) - grifo nosso.

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

3 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 518-9.

Portanto, afasto a preliminar de decadência.

Do mérito

Como narrado acima, o cerne do *mandamus* reside na ausência de cientificação da impetrante, na condição de agravada, para oportunizar o exercício do contraditório, uma vez que a intimação efetuada fora completamente imprestável a este fim, **porquanto inexistente até aquele momento a citação da ré no processo principal e, consequentemente, endereçada a publicação a advogado não constituído nos autos.**

Dúvida não remanesce, assim, quanto à invalidade do procedimento de cognoscibilidade engendrado para com a parte contrária (agravada) naquele recurso.

Não há pensar o direito processual civil hoje senão à luz da Constituição da República, razão pela qual atualmente a doutrina costuma referir-se ao direito processual civil constitucional.

O princípio constitucional fundamental do processo civil que o ordenamento jurídico erigiu como base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A Constituição Federal brasileira de 1988 consigna expressamente que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*" (artigo 5º, LIV).

Dentro do plexo de garantias que é afeto ao princípio mor, decorre o princípio do contraditório (artigo 5º, LV[4], CF), pelo qual se deve entender, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Garantir-se o contraditório significa, ainda, a obrigação de noticiar e da obrigação de informar que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos[5].

Sobre o tema, exsurgem pertinentes os apontamentos lançados por José Roberto dos Santos Bedaque[6]:

> [...] a Constituição Federal garante não só a inafastabilidade do controle jurisdicional, como também a ampla defesa.
>
> A natureza constitucional do direito de defesa sempre foi reconhecida pela doutrina. Embora a Constituição anterior fizesse referência expressa ao exercício da defesa apenas no âmbito criminal, entendia-se para os demais ramos do direito processual. Divergiam os autores apenas quanto ao fundamento de tal conclusão. Para alguns, a garantia da inafastabilidade do controle jurisidicional assegurava não só o direito de ação, mas também o de defesa. Outros sustentavam que a menção expressa à defesa criminal (art. 153, §§ 15º e 16º) se devia a circunstâncias históricas; a garantia, na verdade, dizia respeito a todo processo.
>
> Qualquer que fosse o fundamento doutrinário utilizado para justificar o caráter constitucional do direito de defesa, a conclusão permanecia inalterada: a Constituição Federal assegurava a defesa de maneira ampla e abrangente.

4 Art. 5º, LV, CF: "[...] *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".*

5 NERY Junior, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal –** Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 77 e 206-7.

6 **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 66-8.

> Sabe-se que a moderna concepção de processo põe em relevo a ideia de exercício do poder mediante um procedimento realizado em contraditório. A efetiva participação das partes no processo legitima a decisão nele proferida. Por isso, não se pode prescindir da defesa; ela se constitui o próprio fundamento lógico do contraditório.
>
> A garantia da ampla defesa afigura-se tão importante para o processo quanto a da ação. É do perfeito exercício de ambas que resulta a dialética processual. Aliás, a doutrina tem afirmado que a defesa nada mais é do que um aspecto distinto da própria ação.
>
> [...]
>
> Essa preocupação em garantir ampla defesa, mediante a efetividade do contraditório, tem sua razão de ser no escopo da atividade jurisdicional. Na medida em que o Estado-Jurisdição visa à pacificação social, formulando e atuando regras jurídicas de direito material, interessa-lhe assegurar àquele que figura no polo passivo do processo o exercício de defesa, em toda a sua plenitude. O correto funcionamento do contraditório contribui para que a jurisdição atinja seu objetivo. Por isso, deve o juiz zelar para que o direito de defesa, em todos os seus aspectos, não sofra qualquer restrição. (g.n.)

Relevando essas considerações, dessome-se que a presença das partes no procedimento pelo qual se opera a jurisdição é da própria essência dessa atividade, de modo que a atividade jurisdicional pressupõe um liame jurídico processual com aquele que se beneficiará da tutela (ou quem o substitua) e outro com aquele contra quem ela operará (ou seu substituto). Tais liames, ao lado da presença do órgão jurisdicional, são indispensáveis para que exista integralmente a relação jurídica processual mediante a qual atua a jurisdição. A ausência do liame em relação a uma das partes impede a configuração completa e acabada do processo, como relação jurídica trilateral[7].

Complementa o raciocínio profícua lição de Eduardo Talamini[8]:

> A citação é o modo pelo qual se aperfeiçoa a relação processual perante o réu. É o meio pelo qual se lhe dá ciência da existência da demanda contra si formulada e, no processo de conhecimento, a oportunidade da formulação da defesa. Portanto, a falta ou nulidade de citação pode implicar o total alheamento do réu do processo, impedindo o aperfeiçoamento da relação jurídica trilateral.
>
> O dado essencial para a averiguação da validade da citação é o fim de ciência do citando. Sendo esse fim atingido, qualquer defeito do ato de citação torna-se irrelevante. Por outro lado, o mais tênue defeito implica nulidade da citação quando servir para frustrar o objetivo de cientificar o réu da existência da demanda. Quando não se puder definir precisamente se o defeito na citação teve o condão de impedir a ciência do réu, deve-se considerar nulo o ato. As garantias do contraditório e da ampla defesa impõem que os casos de dúvida acerca da repercussão do vício sejam resolvidos nesse sentido. (g.n.)

Ao entender o desembargador relator pela necessidade de comunicação da parte contrária (ora impetrante) para que esta fosse informada do agravo de instrumento e oportunizada sua manifestação, como externado no despacho de recebimento do agravo de instrumento (f. 91), imprescindível se tornou sua citação naquele momento. Afigurando-se totalmente ilógica a intimação em nome de advogado não constituído nos autos.

Constatado isso, novamente invocando o escólio de Teresa Arruda Alvim Wambier[9]:

7 TALIMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão –** Coisa julgada e Constituição, O regime infraconstitucional da coisa julgada, A ação rescisória e outros meios rescisórios típicos, Os limites da revisão atípica ("relativização") da coisa julgada e As sentenças inexistentes. São Paulo: RT, 2005. p. 337.

8 Op. cit. p. 338.

9 Op. cit., p. 356 e seguintes.

> [...] uma sentença proferida em processo em que tenha havido citação viciada e em que o réu tenha sido revel é inexistente, porque o foi, também, o processo. Neste caso, portanto, estar-se-á diante de sentença que não tem aptidão para produzir coisa julgada, não sendo, sob um ponto de vista rigorosamente técnico, rescindível. Isto porque, conforme observa Flávio Cheim Jorge, a ação rescisória, normalmente, serve para desconstituir uma sentença que, mesmo eivada de nulidade, transitou em julgado. Se não houvesse transitado em julgado, não haveria que se falar em ação rescisória. Pois como visto, o trânsito em julgado é pressuposto de cabimento da referida ação. [...] Conforme o que já se expôs, trata-se, no caso, de inexistência e não de nulidade. [...] Há, na hipótese, o fenômeno da inexistência. Inexistem processo e sentença, e não se terá constituído a coisa julgada. Realmente, nada houve a desconstituir-se.

Caracterizado o caso, então, de inexistência da sentença (acórdão de f. 102-5), não incide o óbice do trânsito em julgado, podendo a falta de regular cientificação ser arguida a todo tempo, por qualquer meio admitido no direito, mediante singela demonstração de que não tomou conhecimento do feito e, consequentemente, não pode participar do processo. Inaplicáveis, portanto, os impeditivos constantes no artigo 5º, III[10], da Lei n. 12.016/2009 e na Súmula n. 268[11] do Supremo Tribunal Federal.

A propósito, percucientemente, ponderou a Ministra Eliana Calmon no julgamento do REsp n. 445664/AC, perante a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ de 7.3.2005 p. 194:

> Os defeitos processuais das decisões judiciais são corrigidos por via da ação rescisória, mas os defeitos da base fática que retiram da sentença a sua sedimentação, tornando-a nula de pleno direito ou inexistente, podem ser corrigidos, como os demais atos jurídicos, pela relatividade da coisa julgada nula ou inexistente. (g.n.)
>
> Para chegar a essa conclusão, fundamentou seu voto:
>
> Hoje, todo o empenho da justiça é em torno da justiça igualitária, da justiça corretiva, da justiça sinalagmática, da justiça das decisões. E, a partir daí, é que se começou a repensar a segurança jurídica em torno de um dogma, mesmo quando as evidências mostravam que uma sentença era insegura pela base fática defeituosa que ensejava. Daí por que a possibilidade de se chegar a uma sentença transitada em julgado, sem ser pela ação rescisória, quando ela é nula, inexistente ou tem um defeito maior seja pela rescindibilidade, seja pela nulidade ou inexistência, em que se diz que seria dispensável a ação rescisória, porque a sentença é nula de pleno direito ou inexistente, como Vossa Excelência, inclusive, passa a reconhecer.
>
> Ora, diante dessa relatividade da coisa julgada, o que dizem os autores - e estes são majoritários - que a aceitam? A partir do grande Pontes de Miranda, que já àquela época se referia à relatividade da coisa julgada, passando por Jorge Miranda, pelo Direito americano - que é outro sistema, mas que em todos os países da *Common Law* é muito mais fácil -, por Humberto Theodoro Júnior, Hugo Mazili, Cândido Dinamarco, Eduardo Couture, enfim, a grande maioria da doutrina hoje aceita a relatividade da coisa julgada nas sentenças nulas ou inexistentes.
>
> O que mais nos ensina a doutrina? Que existem três formas de se chegar até a essa sentença transitada em julgado: a propositura de uma nova demanda, resistência na execução ou por meio de uma alegação *incidenter tantum* em outro processo, inclusive em peças defensivas. São as três formas. O autor poderia ter uma dessas formas, adotar um desses três caminhos.

10 Art. 5º da Lei n. 12.016/2009: "*Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:*
[...]
III - de decisão judicial transitada em julgado."

11 Súmula n. 268 do STF: "*Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado".*

No mesmo sentido, ainda, os seguintes julgados em questões análogas:

> PROCESSUAL CIVIL. MS. CITAÇÃO. NULIDADE. USO DO MANDADO DE SEGURANÇA. ADMISSIBILIDADE.
>
> 1 - O reconhecimento pelo Tribunal de origem do vício de nulidade da citação (*querela nullitatis insanabilis*), impedindo – assim - o trânsito em julgado da sentença, viabiliza a utilização do mandado de segurança para obstacular os efeitos decorrentes do comando de reintegração de posse.
>
> 2 - Recurso provido. (STJ, MS n. 14359/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 28.4.2003, p. 202).
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. CITAÇÃO. NULIDADE. DECLARAÇÃO *EX OFFICIO*. POSSIBILIDADE. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO.
>
> [...]
>
> 3. A nulidade *pleno iure* deve ser apreciada pelo órgão julgador mesmo de ofício, não se sujeitando à coisa julgada, como é o caso do defeito de citação, salvo eventual suprimento, comunicando-se aos atos subseqüentes. (REsp n. 100.998/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 27.4.1999, DJ de 21.6.1999, p. 158).
>
> 4. A determinação de que as legatárias residentes no exterior sejam citadas por carta rogatória dá cumprimento ao princípio constitucional do contraditório.
>
> 5. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS. (STJ, ED no REsp n. 730129/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ de 3.11.2010) - grifo nosso.

Ademais, é cediço o caráter declaratório do mandado de segurança, de modo que, ante a principiologia da efetividade e celeridade processual, admissível a utilização do *writ* como o viés de impugnação à nulidade absoluta oriunda do julgamento de agravo de instrumento, pois, por ação autônoma de impugnação (*querela nullitatis insanabilis*), deve-se entender qualquer ação declaratória hábil a levar a Juízo a discussão em torno da validade da sentença[12].

Tem-se aqui um importante exemplo de relativização da coisa julgada, isto é, coisa julgada que, por contrariar o princípio constitucional do contraditório, pode ser afastada.

Incontroverso, pois, o direito líquido e certo da impetrante em ter oportunizada a resposta para o agravo de instrumento (n. 2010.021859-8).

Posto isso, contra o parecer Ministerial, concedo a segurança pleiteada na inicial para determinar à autoridade coatora que restaure os autos do Agravo de Instrumento n. 2010.021859-8, com a juntada das cópias das peças que os instruíam, oportunizando nova resposta à agravada, ora impetrante, nos termos do artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

Sem honorários, nos termos legais e sumular.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (1º Vogal)

De acordo com o relator.

12 Inteligência do STJ, REsp n. 445664/AC, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ de 3.9.2010.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (2º Vogal)

De acordo com o relator.

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO FOI ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 3º VOGAL – DES. SÉRGIO – APÓS O RELATOR E OS VOGAIS 1º E 2º CONCEDEREM A SEGURANÇA. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 4º VOGAL.

VOTO (EM 5.12.2011)

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

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Center Modas Calçados e Confecção Ltda. contra ato praticado pelo Desembargador Membro da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, consistente na concessão da ordem de despejo nos autos de Agravo de Instrumento n. 2010.021859-8.

A empresa impetrante alega, em síntese, que (i) o agravo de instrumento é oriundo de decisão da ação de despejo ajuizada em face de Moisés Aron Pup em que vindicou a desocupação do imóvel, independentemente da audiência da parte contrária; (ii) a medida liminar foi negada em primeira instância, sendo então objeto do mencionado agravo de instrumento; (iii) quando do recebimento do recurso pela autoridade coatora, sem que tivesse sido citada, de modo que a intimação se deu em nome de advogado ainda não constituído judicialmente, ferindo frontalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa; e (iv) é cabível mandado de segurança contra a decisão judicial, pois, inexistindo sentença válida, não há falar em trânsito em julgado.

O i. relator, Des. Divoncir Schreiner Maran, e os 1º e 2º vogais concederam a segurança para determinar à autoridade coatora que restaure os autos do Agravo de Instrumento n. 2010.021859-8 com a juntada das cópias das peças que os instruíam, oportunizando nova resposta à agravada, ora impetrante, nos termos do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

Pedi vista dos autos para melhor apreciação da questão posta em julgamento.

Peço vênia aos ilustres pares para divergir e denegar a segurança.

Verifica-se dos autos que o cerne da questão posta em julgamento reside na ausência de cientificação da impetrante, na condição de agravada, para oportunizar o exercício do contraditório, pois a intimação efetuada, segundo suas alegações, foi imprestável para tal fim, porquanto inexistente até aquele momento a citação da ré no processo principal e, por conseguinte, endereçada a publicação a advogado não constituído nos autos.

Sem razão, no entanto, a impetrante.

Com efeito, no dia da distribuição do Agravo de Instrumento n. 2010.021859-8 neste Tribunal, em 9.7.2010 (f. 99), figuravam como advogados da agravada, ora impetrante, os profissionais do Escritório Lopes & Mazali (Dr. Carlos Eduardo Lopes e Djalma Mazali Alves), sendo que somente no dia 14.7.2010, portanto 7 dias após a formalização e distribuição do recurso, é que o Dr. Carlos Eduardo Lopes pediu o cancelamento de sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, concluindo-se que até aquele momento encontrava-se em plena e regular autuação profissional.

Não prospera, igualmente, a alegação de que os advogados não possuíam procuração nos autos, pois constam os nomes dos dois como representantes da impetrante na contranotificação de f. 45 e também na ficha do recurso (f. 99).

Ressalte-se, ademais, que, se no escritório existia mais de um profissional, com a saída de um deles, resta evidente que os outros assumiram a responsabilidade pelos interesses do cliente.

Ainda que assim não fosse, conforme jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça[13], é dispensável a intimação do agravado para contrarrazões em agravo de instrumento quando o recurso foi interposto contra decisão que indeferiu tutela antecipada sem a oitiva da parte contrária e antes da citação do demandado.

Veja-se, a propósito, o seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE AGRAVADA PARA RESPOSTA. INEXISTÊNCIA DE CITAÇÃO NA ORIGEM E DE REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS. DESNECESSIDADE.
>
> 1. A jurisprudência do STJ considera dispensável a intimação do agravado para contra-razões em agravo de instrumento quando o recurso foi interposto contra decisão que indeferiu tutela antecipada sem a ouvida da parte contrária e antes da citação do demandado. Precedentes: REsp n. 164876/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 12.2.2001; REsp n. 205039/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 1.7.1999; REsp n. 189729/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 5.4.1999; AgeRg na MC n. 5611/MA, Segunda Turma, Relª.Minª. Laurita Vaz, DJ de 3.2.2003; REsp n. 175368/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 12.8.2002.
>
> 2. Recurso especial a que nega provimento[14].

Ante o exposto, peço vênia aos ilustres pares para divergir e denegar a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. ABSTEVE-SE DE VOTAR, POR AUSÊNCIA NO INÍCIO DO JULGAMENTO, O 4º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, João Batista da Costa Marques, Paschoal Carmello Leandro e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2011.

***

13 Precedentes: REsp n. 164876/RS, Quarta Turma, Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 12.2.2001; REsp n. 205039/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 1.7.1999; REsp n. 189729/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 5.4.1999; AgRg na MC n. 5611/MA, Segunda Turma Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 3.2.2003; REsp n. 175368/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 12.8.2002.

14 REsp n. 898.207/RS, Primeira Turma. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 6.3.2007, DJ de 29.3.2007, p. 242

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.027831-5 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IRREGULARIDADE NO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – APURAÇÃO UNILATERAL – NEGLIGÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA – DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO – INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – DANOS MORAIS EVIDENCIADOS – DEVER DE REPARAR – *QUANTUM* RAZOÁVEL – RECURSO NÃO PROVIDO.

A apuração unilateral da irregularidade no medidor de energia elétrica após supostos cinco anos de defeito, evidencia negligência da concessionária, até porque se tratava de problema aferível visualmente, não configurando dever do consumidor arcar com os aventados prejuízos durante este período, em observância ao preconizado no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor. Consectariamente, resta totalmente maculada a interrupção do fornecimento de energia elétrica, passível de indenização por danos morais. Precedentes STJ.

Para a fixação do *quantum* indenizatório, deve o julgador agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso. O valor não deve ser baixo a ponto de ser irrelevante para o condenado nem alto de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do beneficiado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de novembro de 2011.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Empresa Energética de Mato Grosso do Sul – Enersul – apela da sentença, proferida nos autos da Ação Revisional de Débito c/c Indenização por Danos Morais ajuizada por Ercílio Ferreira Campos, que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial.

Afirma, em síntese, o equívoco na declaração de inexistência do débito, porquanto o valor questionado pelo apelado decorreu da constatação de irregularidade no aparelho medidor instalado no imóvel, que não registrava toda a energia consumida, razão pela qual promoveu a revisão do faturamento, conforme autorizado no artigo 72, IV, da Resolução n. 456/2000 da Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica.

Salienta a conclusão pericial no sentido de que houve fornecimento de energia elétrica sem o devido registro, bem como que o cálculo elaborado para a correspondente cobrança estava correto.

Destaca que restou assentado o entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça de que legal a interrupção no fornecimento de energia por inadimplemento, não constituindo ofensa ao princípio da continuidade ou aos artigos 22 e 42 do Código de Defesa Consumidor, ao contrário, representa priorização ao interesse da coletividade.

Pondera a aplicabilidade da exceção do contrato não cumprido, de modo que a interrupção da prestação do serviço traduz apenas a faculdade de não cumprir sua parte contratual enquanto a outra parte não cumpre a dela, estando amparada, inclusive, pela Lei n. 8.987/1995 (artigo 6º, § 3º, II).

Esclarece que o requisito exigido para tal interrupção foi cumprido, uma vez que encaminhou o aviso de corte pela fatura, consoante permissivo do artigo 91, parágrafo único, da Resolução n. 456/2000 da Aneel.

Rebate, assim, a condenação indenizatória, pois não evidenciado qualquer dano de ordem moral, o qual deveria ter sido comprovado. Alternativamente, pugna pela minoração da quantia arbitrada sob o argumento de exacerbada, propiciando enriquecimento sem causa ao apelado, motivo por que deve ser fixada em R$ 600,00 (seiscentos reais).

Por fim, requer o provimento recursal.

Resposta às f. 151-8, pleiteando a manutenção da sentença vergastada.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Consta dos autos que o ora apelado propôs a presente demanda, objetivando, antecipadamente, a religação da energia elétrica, cujo serviço fora interrompido em razão do inadimplemento do débito questionado em juízo, e, no cerne da lide, a declaração de inexigibilidade do valor apurado pela concessionária com base em suposta irregularidade do medidor, bem como a condenação em danos morais em decorrência da aventada interrupção.

A medida liminar foi deferida às f. 19-21 para suspender a cobrança da nota de débito (f. 14-5) emitida pela apelante no importe de R$ 3.683,52 e restabelecer o fornecimento de energia.

A concessionária de energia elétrica, em seguida, apresentou contestação às f. 32-84, rebatendo as alegações aduzidas sob o argumento de que desnecessária a apuração da fraude, pois bastante a constatação da irregularidade na aferição da energia consumida. Juntou documentos de consumo da unidade.

Em impugnação à contestação (f. 87-92), o autor-apelado ressaltou que a má-fé não se presume, não restando demonstrada a prática de fraude, de modo que incidente, no máximo, a imputação prevista no artigo 71, § 1º, da Resolução n. 456 da Aneel.

Determinada a especificação de provas (f. 94), as partes postularam o que entendiam de direito (f. 96-7 e 100-1), sobrevindo a realização de tentativa de conciliação em audiência (f. 104), a qual findou frustrada (f. 108).

Ato contínuo, a requerida-apelante desistiu das provas especificadas, pleiteando o julgamento antecipado da lide (f. 112) ante a nova determinação judicial para que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir (f. 109).

Então, os pedidos foram conhecidos diretamente, nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil, sendo julgados procedentes.

Adveio, por conseguinte, o recurso *sub examine*.

Feita essa digressão fática-processual, impende destacar, *a priori*, a incidência do Código de Defesa do Consumidor como diploma regulamentador da relação jurídica travadas entre as partes.

Convém mencionar, por oportuno, o entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às concessionárias de serviço público, em sede de representativo de controvérsia (artigo 543-C, CPC), no julgamento do REsp n. 976836/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, publicado no DJ de 5.10.2010, o que traduz eficácia vinculativa (artigo 543-C, 7º, CPC), impondo sua adoção em casos análogos[1], *in verbis*:

> 1. A Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, e geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.
>
> 2. O concessionário trava duas espécies de relações jurídicas a saber: (a) uma com o Poder concedente, titular, dentre outros, do *ius imperii* no atendimento do interesse público, ressalvadas eventuais indenizações legais; (b) outra com os usuários, de natureza consumerista reguladas, ambas, pelo contrato e supervisionadas pela Agência Reguladora correspondente. (g.n.)

Sob esse enfoque, infere-se do caderno processual que a constatação da irregularidade deu-se em 13 de maio de 2008 com relação ao medidor F70966-7, que foi retirado do local em que estava instalado, segundo termo de ocorrência de f. 25-6, sendo substituído por outro.

Em 17 de julho de 2008, foi enviada correspondência ao consumidor, informando a realização da perícia, contudo não foi entregue (f. 48-50). Produzido o laudo, exsurgiram as seguintes conclusões:

> INSPEÇÃO VISUAL
>
> Medidor com lacres na tampa de acrílico 'L-30' falsos; Mancal rebaixado prendendo o disco
>
> [...]
>
> RESULTADO DO LAUDO TÉCNICO
>
> Em função da verificação realizada nesta data, observa-se que o medidor está REPROVADO, pois está com erro acima do erro máximo admissível de +/- 4% em desacordo com o item 3.2.3 do Regulamento Técnico Metrológico aprovado pela Portaria INMETRO n. 088/2006 de 6.4.2006.

1 Inteligência de precedente do STJ: AgReg no Ag n. 1154113/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 20.5.2010.

A partir dessas conclusões, a apelante formulou Nota de Débito (f. 52), pretendendo a cobrança da diferença de energia elétrica nos 55 meses anteriores, ou seja, de novembro de 2003 a maio de 2008, com base no consumo apurado nos 12 meses anteriores ao primeiro mês da constatação da aventada irregularidade.

Quase um ano após a emissão da supramencionada Nota de Débito, em uma outra foi emitida, revisando os valores anteriormente apresentados "*por liberalidade da empresa visando melhor adequação do consumo do cliente*" (f. 62) e elegendo, assim, 36 meses para apuração.

Diante desse contexto, sobressai, em verdade, evidente defeito na prestação do serviço, já que desprovido de eficiência, pois, acolhendo a premissa de irregularidade na medição da energia consumida, o que se vislumbra é manifesta desídia na constatação, inclusive por se tratar de irregularidade verificável visualmente, como bem ressaltou o laudo técnico.

Sendo certo que todos os meses os funcionários da concessionária efetuam a leitura do consumo nos medidores, ressoa desarrazoado que somente cinco anos após a indigitada irregularidade alguém tenha percebido e apenas com base nesta circunstância a fornecedora cobre valores deste interregno, uma vez que não foi apontado no laudo o porquê, ou melhor, o que causou a irregularidade.

Nos termos do preconizado no Código de Defesa do Consumidor (artigo 22[2], parágrafo único), o defeito a que alude o Diploma consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto ou serviço[3].

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar a atividade de produzir, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços.

Especificamente sobre os serviços públicos prestados, há expressa determinação legal de que sejam "*adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos*" (artigo 22 do CDC).

A propósito da eficiência, com propriedade elucida Rizzato Nunes (*in* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 324-5), que:

> [...] a disposição da norma em comento decorre do princípio constitucional estampado no caput do art. 37. É o chamado princípio da eficiência [...]. É fato que a redação da norma do art. 22 designa outros adjetivos aos serviços prestados, além do relativo à eficiência: fala em adequado, seguro e contínuo [...]. Ora, adjetivos expõem a qualidade de alguma coisa, no caso o serviço público. Então, quando o princípio constitucional do art. 37 impõe que a Administração Pública forneça serviços eficientes, está especificando sua qualidade. Ou, em outros termos, o tão falado conceito de qualidade, do ponto de vista dos serviços públicos, está marcado pelo parâmetro constitucional da eficiência. E essa eficiência tem, conforme vimos, ontologicamente a função de determinar que os serviços públicos ofereçam o 'maior número possível de efeitos positivos para o administrado. Isso significa que não basta haver adequação, nem estar à disposição das pessoas. O serviço tem de ser realmente eficiente; tem de cumprir sua finalidade na realidade concreta. E, como dissemos na Parte 1, o significado de eficiência remete ao resultado: é eficiente aquilo que funciona. A eficiência é um plus necessário da adequação. O indivíduo recebe serviço público

2 Art. 22 do CDC: "*Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.*
Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código."

3 Inteligência do STJ, REsp n. 876448 / RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 21.9.2010.

> eficiente quando a necessidade para a qual ele foi criado é suprida concretamente. É isso que o princípio constitucional pretende. Assim, pode-se concluir com uma classificação das qualidades dos serviços públicos, nos quais o gênero é a eficiência, tudo o mais decorrendo dessa característica principal. Logo, adequação, segurança, continuidade (no caso dos serviços essenciais) são características ligadas à necessária eficiência que devem ter os serviços públicos. (g.n.)

Portanto, configurada uma prestação de serviço defeituosa que não acura com precisão os valores a serem pagos pelo consumidor ao longo de supostos cinco anos, transmitindo insegurança quanto ao que esperar das faturas, inclusive refazendo cálculos obscuramente para cobrar a quantia que entende devida, consoante se extrai da formulação de duas notas de débito, retira qualquer responsabilidade do consumidor de arcar com o montante pleiteado pela concessionária.

Perfilha o raciocínio esposado esta Corte de Justiça, a exemplo dos seguintes julgados:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DE CONSUMIDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – MANUTENÇÃO – DANOS MATERIAIS – NÃO COMPROVADOS – REPARAÇÃO INDEVIDA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – CARACTERIZADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Nos termos do art. 22 do CDC, é dever da empresa concessionária prestadora de serviço público prestar o serviço de forma adequada e eficiente, sob pena de responder pelos danos causados.
>
> 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 a realidade dos fatos e as peculiaridades de cada caso, evitando o enriquecimento sem causa.
>
> A indenização por dano material depende de prova efetiva do prejuízo causado.
>
> Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas (*caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil). (TJMS, AC n. 2010.018472-3, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 20.7.2010).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – IRREGULARIDADE NO APARELHO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – PROVA CONCEBIDA UNILATERALMENTE – TERMO DE OCORRÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA A ATESTAR OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE – INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DE FRAUDE OU IRREGULARIDADE IMPUTÁVEL AO CONSUMIDOR – COBRANÇA DA FATURA REALIZADA DE ACORDO COM A CARGA DE ENERGIA REGISTRADA PELO APARELHO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> O simples termo de ocorrência que demonstra a existência de irregularidades na unidade medidora de energia, sem outras provas que comprovem que o defeito foi ocasionado por fraude do consumidor e não por negligência da empresa prestadora do serviço na manutenção do aparelho, não obriga aquele ao pagamento de quantias supostamente consideradas consumidas e não pagas.

> A não comprovação de que suposta fraude/irregularidade no medidor de energia elétrica tenha sido causada pelo consumidor, somado à suspensão do fornecimento do serviço sem prévia notificação do consumidor, caracteriza conduta ilícita, ensejando o dever de indenizar. (TJMS, AC n. 2011.023996-6, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 30.8.2011)

Consectariamente, afigura-se inteiramente maculada a interrupção no fornecimento de energia elétrica, incidindo também a regra insculpida no artigo 14 do mesmo *codex* consumerista, pois há clara remissão à responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º[4], da Constituição Federal.

A propósito:

> PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPÇÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS. SÚMULA N. 7/STJ.
>
> [...]
>
> 4. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que é ilegítima a interrupção do serviço de energia elétrica se o débito decorrer de irregularidade no medidor apurada unilateralmente pela concessionária.
>
> 5. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgReg no REsp n. 9361/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 12.9.2011) - grifo nosso.
>
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. DÍVIDA CONTESTADA EM JUÍZO. DÉBITO PRETÉRITO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> [...]
>
> 2. Ademais, o STJ possui entendimento pacífico no sentido de que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica por dívida pretérita, em face da existência de outros meios legítimos de cobrança de débitos antigos não pagos.
>
> 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgReg no REsp n. 132/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 27.4.2011) - grifo nosso.

O conteúdo do dano moral, por sua vez, revela-se sempre mediante reflexos produzidos por ação ou omissão de outrem, atingindo componentes sentimentais da pessoa. Justifica-se tal reparação na assertiva de que as injustiças não devem prosperar. Como explica Karl Larenz, *"na avaliação do apreço da dor deve-se levar em conta não só a extensão da ofensa, mas também o grau da culpa e a situação econômica das partes, vez que não há no dano moral uma indenização propriamente dita, mas apenas uma compensação ou satisfação a ser dada por aquilo que o agente fez ao prejudicado"* (Karl Larenz. ***Derecho de obligaciones***. Madrid, 1942. p. 642. t. 2).

Por ocasião da fixação da indenização por danos morais, deve o julgador agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso. O valor não deve ser baixo a ponto de ser irrelevante para o condenado nem alto de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do beneficiado. Deve-se ter em conta que a obrigação de reparar dano moral causado a terceiro possibilita o desestímulo de ações lesivas da mesma espécie, diante da perspectiva desfavorável com que se depara o possível causador do dano, obrigando-o a retrair-se ou, no mínimo, a meditar sobre os ônus que terá de suportar.

4 Art. 37, § 6º, CF: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Sob esse prisma, analisando o ato praticado, as condições financeiras dos autores, bem como a repercussão que o ato reclamado vem causando, tenho que o montante de R$ 8.175,00 (oito mil, cento e setenta e cinco reais) está bem adequado ao Princípio da Razoabilidade para reparar ou, ao menos, mitigar o sofrimento causado, observando o caráter compensatório e ao mesmo tempo punitivo a que se destina a indenização.

A respeito:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. ESPOSO E PAI DAS AUTORAS. IRRELEVÂNCIA DA IDADE OU ESTADO CIVIL DAS FILHAS DA VÍTIMA PARA FINS INDENIZATÓRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. *QUANTUM* DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO.
>
> [...]
>
> 2. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.
>
> 3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.
>
> 4. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das *punitive damages* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.
>
> 5. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.
>
> 6. [...]
>
> 9. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 210101/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – juiz federal convocado do TRF Primeira região –, DJ de 9.12.2008) - grifo nosso.
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONTRATAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA EM NOME DE TERCEIRO – INCLUSÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE TELEFONIA – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO CONFIGURADA – SENTENÇA REFORMADA – PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS.
>
> [...]
>
> O dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, com seu subjetivismo e ponderação, de forma a compensar o dano e desencorajar reincidências do ofensor, sem locupletar ilicitamente a vítima, levando-se em consideração as condições financeiras das partes.

> O valor da indenização por danos morais atribuído na inicial pelo ofendido é apenas estimativo, razão pela qual a condenação do ofensor em valor inferior ao pretendido na inicial não configura sucumbência recíproca. (TJMS, AC n. 2007.021143-9, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 23.4.2009) - grifo nosso.

Destarte, irreprimível a conclusão do magistrado sentenciante.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, João Maria Lós e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 9 de novembro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.026051-4 - Dourados
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – CONTRATO DE SEGURO – CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DO DEVER DE INDENIZAR SE O VEÍCULO SINISTRADO ESTIVER SENDO CONDUZIDO POR PESSOA QUE NÃO POSSUI HABILITAÇÃO LEGALMENTE EXPEDIDA – SEGURADO QUE CONTRIBUI, COM SUA NEGLIGÊNCIA, PARA QUE SEU FILHO, SEM HABILITAÇÃO, DIRIGISSE O VEÍCULO QUE VEIO A VITIMAR QUASE QUE FATALMENTE TERCEIRO – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 422 E 768 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE COBERTURA POR PARTE DA SEGURADORA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I) Se o contrato estabelece que a seguradora não responderá pelo pagamento da cobertura securitária no caso de o veículo sinistrado estar sendo conduzido por motorista sem habilitação, o qual provocou o acidente por culpa exclusiva sua, quase vitimando fatalmente o condutor do outro veículo, deixando-o paraplégico, e se se verificar que o segurado, pai do condutor do veículo sinistrado, negligenciou na guarda das chaves do veículo, das quais veio a se apoderar o filho, contribuindo decisivamente para o evento lesivo, aplica-se a cláusula excludente do dever de indenizar ao segurado pelos danos ocasionados a terceiros e a seu próprio veículo, os quais haverão de ser suportados pelo segurado, exclusivamente, e às suas expensas.

II) Falta com a boa-fé objetiva exigível o segurado que omite da seguradora que seu filho dirigia com certa habitualidade o veículo objeto do contrato, sem que fosse ele portador de habilitação para tanto.

III) A compreensão e a interpretação do contrato de seguro são rigorosamente estritas, não comportando extensão ou analogia. Daí decorre a peremptoriedade da ciência ao segurador, pelo segurado, de qualquer ocorrência que possa agravar o risco coberto.

IV) Recurso conhecido e provido, contra o parecer.

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, 29 de novembro de 2011.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação cível interposta às f. 978-1001 pela Porto Seguros Cia. de Seguros Gerais, insurgindo-se contra a douta sentença de f. 942-69, proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível de Dourados, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais da Ação Indenizatória movida por Eidy Hoshida, representado pela sua curadora, Marlúcia de Oliveira Hoshida, em face de Ricardo Antonio Pazza Korb e Paulo Ricardo Korb.

A presente ação foi proposta em virtude das consequências acarretadas ao autor pelo acidente de trânsito envolvendo o seu veículo e o de propriedade de Paulo Ricardo Korb, conduzido, na ocasião, pelo seu filho, Ricardo Antonio Pazza Korb.

Porto Seguros Cia. de Seguros Gerais, ora apelante, ingressou no processo na qualidade de litisdenunciada.

Conforme comprovado nos autos, o autor da ação indenizatória sofreu traumatismo crânio-encefálico grave, com alterações anatômicas e funcionais, como a perda da capacidade de falar, de andar, além de significativa redução da memória e das funções cognitivas, em caráter irreversível.

Tornou-se definitivamente incapacitado para o exercício da medicina (profissão antes exercida) e de qualquer outro ofício.

Diante da comprovação dos danos e da responsabilidade do condutor requerido pela deflagração do acidente, o juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, do seguinte modo:

(a) danos materiais emergentes: (i) R$ 4.319,02, relativos às despesas realizadas com acompanhante da vítima nos tratamentos; (ii) valor a ser apurado em liquidação de sentença, relacionado aos gastos com despesas médicas, hospitalares, exames, remédios e outras, pretéritas e futuras;

(b) lucros cessantes, consistente no pensionamento mensal vitalício, no valor de R$ 11.577,17, devido desde 3.10.2007, com correção pelos índices e épocas do reajuste do salário-mínimo nacional;

(c) danos estéticos, no importe de R$ 163.500,00, acrescido de juros de mora e correção monetária;

(d) danos morais, no valor de R$ 272.500,00, com juros de mora e atualização monetária.

(e) pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios pelos requeridos.

Julgou, ainda, procedente o pedido referente à denunciação da lide, condenando a seguradora ao reembolso do valor relativo aos danos materiais, até o valor da apólice.

Apenas a seguradora litisdenunciada apelou do *decisum* de primeiro grau.

Em suas razões recursais, f. 978-1001, a apelante defende a total improcedência da denunciação à lide, com base no fato de que o veículo do requerido Paulo Ricardo Korb estava sendo conduzido por seu filho – o qual, na ocasião, não possuía habilitação legal.

Nessa linha, sustenta que não há nos autos qualquer evidência de que o jovem tenha retirado as chaves do veículo sinistrado sem o consentimento do segurado, sendo que o depoimento da testemunha Keite Marielle Alberto Rodrigues aponta no sentido de que isso acontecia corriqueiramente.

Fundamentando sua tese, a apelante transcreveu a decisão proferida por esta 4ª Turma Cível no julgamento da Apelação n. 2010.038892-9 (referente ao mesmo caso), na qual foi reconhecido como

indevido o pagamento da cobertura contratada, em face do risco criado pelo segurado ao ser conivente com a condução do veículo pelo seu filho.

Discorre sobre a legalidade da cláusula contratual que exclui o pagamento da cobertura securitária em hipóteses como a dos autos.

Ao final, pede o conhecimento e provimento do presente recurso, a fim de que seja liberada da responsabilidade quanto ao pagamento da cobertura.

Contrarrazões do autor-apelado às f. 1010-8.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 1026-33, opinando pelo conhecimento e improvimento da apelação.

VOTO (EM 22.11.2011)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

A demanda tem origem no acidente de trânsito ocorrido em 2 de outubro de 2007, na cidade de Dourados, envolvendo veículo de propriedade do requerido Paulo Antonio Korb, que estava sendo conduzido pelo seu filho, Ricardo Antonio Pazza Korb.

Em decorrência do acidente, o Eidy Hoshida (autor-apelado) – que conduzia o outro veículo (Honda Civic, placa HSX - 9930) – sofreu traumatismo crânio-encefálico grave, com alterações anatômicas e funcionais, como a perda da capacidade de falar, de andar, além de significativa redução da memória e das funções cognitivas, em caráter irreversível.

Tornou-se definitivamente incapacitado para o exercício da medicina (profissão antes exercida) e de qualquer outro ofício.

Desse modo, a vítima ingressou com a presente ação indenizatória e teve seu pedido julgado parcialmente procedente na sentença, da seguinte maneira:

a) danos materiais emergentes: (i) R$ 4.319,02, relativos às despesas realizadas com acompanhante da vítima nos tratamentos; (ii) valor a ser apurado em liquidação de sentença, relacionado às despesas médicas, hospitalares, exames, remédios e outros, pretéritas e futuras;

b) lucros cessantes, consistente no pensionamento mensal vitalício, no valor de R$ 11.577,17, devido desde 3.10.2007, com correção pelos índices e épocas do reajuste do salário-mínimo nacional;

c) danos estéticos, no importe de R$ 163.500,00, acrescido de juros de mora e correção monetária;

d) danos morais, no valor de R$ 272.500,00, com juros de mora e atualização monetária.

e) pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios pelos requeridos.

O douto juízo *a quo* julgou, ainda, procedente o pedido referente à denunciação da lide, condenando a seguradora ao reembolso do valor relativo aos danos materiais, até o valor da apólice.

Ressalto que os requeridos não recorreram da r. sentença, de modo que não se discute mais a presença dos requisitos da responsabilidade civil (conduta, dano e nexo causal) e, por conseguinte, o dever de indenizar.

Apenas Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais ofereceu recurso contra a sentença.

Em suma, a apelante pretende obter o afastamento da sua condenação, sob o fundamento de que, ao anuir que seu filho (sem habilitação legal) conduzisse o veículo, o segurado criou um risco resultante na exclusão do pagamento da cobertura, conforme pactuado na cláusula 7.1.4 "c" do contrato.

A súplica encontra amparo nesta Corte.

Assinalo que o caso em análise já foi, em outra oportunidade (na Apelação n. 2010.038892-9), objeto de apreciação e julgamento por esta E. 4ª Turma Cível, tendo o resultado sido favorável à pretensão da Seguradora.

É que, em torno do mesmo fato, foi ajuizada, por Paulo Ricardo Korb, a Ação Declaratória de Nulidade de Cláusula Contratual c/c Cobrança n. 014.09.000375-0, com o objetivo de receber da Seguradora a cobertura dos prejuízos relacionados aos danos causados nos veículos envolvidos no acidente.

Nessa citada ação, a sentença de procedência do pedido inicial foi reformada por acórdão desta Quarta Turma, no bojo da Apelação n. 2010.038892-9, interposta pela Seguradora, a qual acabou sendo exonerada do pagamento da cobertura.

A discussão que se encerra no presente recurso é a mesma travada na Apelação n. 2010.038892-9, apenas com a distinção de que esta tratava da cobertura dos danos ocasionados aos veículos sinistrados, ao passo que, agora, o debate aborda a cobertura dos lucros cessantes (pensão mensal vitalícia) e das despesas médicas, hospitalares, exames, remédios e outros.

Porém, em que pese essa diferença, as razões da celeuma são as mesmas.

Ou seja, importa saber se é devido ou não o pagamento da cobertura securitária, com base na análise da cláusula 7.1.4 "c" do contrato celebrado entre as partes e das circunstâncias do evento danoso.

Nessa ordem de ideias, hei de manter o mesmo entendimento que expus no voto condutor da Apelação n. 2010.038892-9, no sentido de afastar a condenação imposta à Seguradora na lide secundária.

Como a solução da questão traduz em se aplicar o mesmo raciocínio anterior, trago, com as devidas adaptações, o excerto do voto que proferi na Apelação Cível n. 2010.038892-9:

> [...]
>
> Em princípio, é preciso enfatizar que a relação estabelecida entre apelante e apelado encontra-se amparada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), diploma que, dentre outros meios de proteção à parte mais vulnerável da relação, previu aqueles ligados à garantia de nulidade de cláusulas contratuais abusivas (art. 6°[1]), sob as quais o consumidor tenha eventualmente sido submetido, sendo-lhe facultada a possibilidade de bater às portas do Poder Judiciário para pleitear tal prerrogativa.
>
> Dessa sorte, o Código Consumerista, proibindo veementemente o abuso de direito, vedou de forma expressa a estipulação contratual desproporcional, conforme se infere do seu artigo 51, inciso IV, cuja assertiva diz que:

1 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...]
V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

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

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

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

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

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

Pois bem.

O contrato de seguro, espécie discutida nos autos, é uma avença onerosa, bilateral e de adesão, em que o segurador se obriga a pagar a importância estabelecida na apólice em caso de ocorrência do risco predeterminado. Sabe-se, outrossim, que lhe é autorizado incluir nos contratos cláusulas de exclusão de riscos[4], desde que redigidas de forma clara e ostensiva, disponibilizando ao segurado a devida ciência de seu conteúdo no ato da contratação - exigência que decorre do art. 54, parágrafo 4°, CDC[5].

Nas Condições Gerais do Contrato de Seguro, a cláusula 7.1.4 "c", sobre a qual a seguradora alicerça seus argumentos, diz que a cobertura será excluída do veículo que "estiver sendo dirigido por pessoa que não possua habilitação [...], com ou sem consentimento do segurado [...], f. 377, (grifei).

In casu, ficou comprovado que o condutor do carro de propriedade do segurado (seu filho), de fato, não estava portando a carteira de habilitação no momento do acidente [...].

[...] no caso, a prova dos autos demonstra que a conduta do segurado – que estava dirigindo sem habilitação e causou o acidente, sendo por ele responsável – e da mãe do menor ocorreu por falta de atenção e do cuidado objetivo exigível na espécie, que era o dever de guarda das chaves do veículo [...].

Nessa esteira, verifica-se que os depoimentos testemunhais colhidos [...] dão ensejo à interpretação de que o motorista (inabilitado) estava dirigindo o veículo em decorrência de negligência dos pais na guarda da chave do veículo, o que contribuiu decisivamente para o evento lesivo, cujos danos não devem ser suportados pela seguradora.

2 NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. p. 131.

3 NETTO, Felipe P. Braga. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 221.

4 In: TJMG, AC n. 1.0451.07.007406-2/001, Rel. Des. Marcos Lincoln, julgado em 20.10.2009.

5 Art. 54.
§ 4° As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Afinal, se se admitisse na hipótese que a seguradora teria o dever de indenizar, a conduta do segurado, faltosa e do desidiosa, atentatória às diretrizes traçadas no artigo 422 do CC de 2002, que regulam a boa-fé objetiva com que as partes devem conduzir o contrato, antes, durante e até depois de sua execução, estaria sendo objeto de premiação, o que não posso conceber.

Sobre referidos depoimentos, assinalo que das declarações mencionadas, em síntese, o que se extrai é que o filho do autor/apelado, residindo em Dourados/MS para cursar faculdade de arquitetura, no dia do infortúnio, aproveitou do fato de sua mãe estar dormindo para pegar a chave e sair escondido com o carro.

Vejamos, nesse sentido, o relato feito pela mãe do rapaz à polícia, cerca de 1 mês após o acidente:

[...] informa a declarante que seu filho Ricardo estava morando nesta cidade em razão de estar cursando a universidade [...]; que no dia do fato, 2.9.2007, a declarante se encontrava no apartamento de seu filho, dormindo no quarto dele, tendo deixado a chave da camionete em cima da escrivaninha; a declarante diz que não entregou o seu veículo para o filho e que, provavelmente, ele aproveitou que a declarante dormiu e pegou as chaves e os documentos para sair; a declarante não viu o filho saindo com o veículo; [...] a declarante afirma que nunca entregou seu veículo para o filho, porque ele não é habilitado e desconhece se ele costumava pegar esse veículo ou outro qualquer que a família tivesse.. (Termo de declaração de Ivanir Aparecida Pazza Korb – f. 19-20).

Essa versão dos fatos foi por ela reiterada no depoimento que prestou em audiência, perante o juízo singular, e também por Ricardo Antonio Pazza Korb:

[...] à época dos fatos RICARDO morava em Dourados, porque fazia faculdade naquela cidade; eu fui visitá-lo, e quando dormi, RICARDO, aproveitando da situação, pegou meu carro sem minha autorização e me trancou dentro do apartamento; só reparei que estava trancada quando recebi a ligação da testemunha Maria Aparecida que me informou sobre o acidente; ela disse para que eu me arrumasse, pois iria me buscar; quando constatei que estava trancada, tive que saltar da sacada do 1º andar até o térreo do prédio; os fatos ocorreram na parte da noite, de tal sorte que não havia zelador; o prédio não contava com vigia; os reparos na camionete ficaram em R$ 48.000,00. [...] foi a primeira vez que RICARDO pegou meu carro sem autorização; todos seus deslocamentos em Dourados eram feitos por mim; quando eu não estava em Dourados, creio que se deslocava com ajuda de amigos; RICARDO pegou somente a chave do carro, tendo os documentos permanecidos na minha bolsa; eu costumo tomar remédios para dormir; RICARDO sabia que eu constantemente tomava tais remédios; o nome do remédio é ANCIOPAX. (Termo de declaração de Ivanir Aparecida Pazza Korb – f. 182).

[...] com relação aos fatos ocorridos, esclareço que peguei o veículo sinistrado sem autorização de minha mãe; meu pai me ensinou a dirigir e eu dirigia na fazenda com sua autorização; eu dirigia o carro apenas nos limites da fazenda; eu aproveitei da situação de minha mãe ter tomado remédio para dormir e, durante o sono dela, acabei pegando à socapa a chave do veículo, sem sua autorização; eu tranquei minha mãe dentro do apartamento, porque havia apenas uma chave e não pensei em deixar a porta destrancada; como morava no primeiro andar, minha mãe saiu do apartamento pulando da sacada para o jardim do prédio; [...].

Às reperguntas do advogado do requerido respondeu: a bolsa de minha mãe estava com ela no quarto e eu tive que entrar no cômodo para retirar a chave; como ela havia tomado calmante, não percebeu que eu tinha subtraído as chaves do veículo; a outra vítima do acidente, que é médico, ficou paraplégico em decorrência das lesões sofridas no acidente. (Termo de declaração de Ricardo Antonio Pazza Korb – f. 183).

Outrossim, o depoimento às f. 181, de Maria Aparecida de Lima Catelan, testemunha do sinistro extrai-se que:

[...] eu presenciei o acidente ocorrido; quem dirigia o carro era um rapaz que hoje fiquei sabendo se chamar RICARDO. [...] eu não cheguei a presenciar o acidente, mas ouvi o barulho do choque dos carros e, quando eu vi, a camionete estava de ponta cabeça, [...]; quando fui buscar a mãe de RICARDO para ir até o local do acidente, percebi que ela estava trancada no apartamento, sendo que a chave do imóvel estava na camionete; como o apartamento era no primeiro andar, ela acabou pulando a sacada e acabou machucando o braço; pela conversa que a mãe de RICARDO vinha tendo com ele, constatei que RICARDO tinha pegado o automóvel sem autorização desta. [...] (Termo de declaração de Maria Aparecida de Lima Catelan - f. 181)

Portanto, a teor das declarações supra reproduzidas, o condutor inabilitado, Ricardo Antonio Pazza Korb, filho do autor/segurado, no dia da ocorrência, havia saído com o veículo supostamente sem a anuência de sua mãe, que estava dormindo, tendo ele subtraído as chaves sem que ela percebesse.

[...] considero que referidos depoimentos são frágeis para levar à manutenção da sentença.

Isso porque, deles se depreende alguns detalhes que geram um certo receio quanto à veracidade de conteúdo ali articulado; nesse linha, a título de exemplo, podemos citar:

(a) no depoimento prestado na polícia, a mãe disse que a chave do veículo estava sobre uma escrivaninha e que, além da chave, seu filho havia levado consigo os documentos; já no depoimento em juízo, afirmou que os documentos tinham permanecido dentro da sua bolsa;

(b) o menor causador do acidente afirma que a chave não foi por ela pega sobre uma escrivaninha, mas dentro da bolsa da mãe, no cômodo em que esta dormia;

(b) outro pormenor que causa estranheza é quando a testemunha Maria Aparecida fala no seu depoimento que só ficou sabendo o nome do motorista (Ricardo) no dia daquela audiência; ora, isso é um tanto duvidoso quando se considera que ela, após presenciar o acidente, foi também buscar a mãe do rapaz no apartamento e levá-la até o local do ocorrido. Não creio, diante dessas circunstâncias, que Maria Aparecida sequer se preocupou em saber o nome do rapaz.

Por fim, elemento de maior solidez que fragiliza tais provas testemunhais é o termo de depoimento colacionado às f. 74-5 dos autos, em que Keity Marielle Alberto Rodrigues, que estava no carro junto com Ricardo e mais duas outras meninas, afirma expressamente que ele (Ricardo) ficava com a camionete da mãe quando ela vinha de Maracaju para visitá-lo. Insinuou que tal não era novidade, porquanto não era a primeira vez que ocorria (ou seja, era costume Ricardo dirigir o carro da mãe quando esta estava em Dourados).

Enfim: [...] não há que se falar, no caso, na interpretação da cláusula antes descrita como devendo ser feita em benefício do consumidor, porque a prova dos autos evidencia que estava o segurado faltando com a boa-fé objetiva, já que de forma reiterada, seu filho, que não tinha habilitação para dirigir, apoderava-se do veículo quando estava em Maracajú ou Dourados, e com ele circulava pela cidade, até que veio a ocorrer o acidente que quase vitimou um médico nesta última cidade, mercê da velocidade imprimida pelo filho do segurado, causador do acidente.

A prova dos autos evidenciam que tem aplicação, no caso, o artigo 768 do Código Civil de 2002, o qual estabelece que "o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.

Ora, um pai que ensina o filho menor a dirigir o veículo segurado, entregando-o quando está na Fazenda, e agindo com negligência no guardar a chave quando se encontra em local de grande fluxo de veículos e de população, certamente assume os riscos por sua conduta, que levam, no caso, à perda do direito da garantia de indenização contida no contrato de seguro.

Assinalo, nessa extensão, que a prova é produzida pela parte e direcionada para formar o convencimento do juiz, que tem liberdade para decidir a causa, desde que fundamente sua decisão. Trata-se do conhecido princípio do livre convencimento motivado, disposto no artigo 131[6] do CPC, que de um lado lhe assegura a liberdade para apreciar as provas, mas, de outro, impõe-lhe o dever de justificar as razões de seu convencimento.

Sobre o assunto, Cássio Escarpinella Bueno leciona que, além do princípio do livre convencimento motivado, há o princípio da aquisição da prova, pelo qual a prova, destinada ao juízo e ao próprio juiz, deve ser considerada e avaliada independentemente de quem a produziu em juízo e, em última análise, pode, até mesmo, acabar por prejudicar quem a trouxe para o plano do processo, isto é, quem a produziu. Segundo esse princípio, é irrelevante quem tenha sido aquele que produziu a prova em juízo que passa a pertencer ao próprio processo, longe da disponibilidade ou dos interesses das partes ou de eventuais terceiros.

Assim, a partir do momento em que depoimentos testemunhais são produzidos nos autos, bem como outros elementos são trazidos pela parte contrária, estas provas podem ser interpretada pelo juiz com liberdade, desde que justifique seu convencimento ao decidir. E é exatamente isso o que se deduz deste voto.

A jurisprudência vem decidindo que:

A inabilitação do condutor responsável pelo acidente automobilístico exclui o dever da seguradora pela indenização securitária. (RJM 184/239: AC n. 1.0105.04.127155-9/001. JTJ 318/320 (AC n. 1.012.558-0/SP), RJM - Revista de Jurisprudência Mineira - 176-177/87).

Ao comentar o artigo de lei em referência (768 do CC de 2002), JOSÉ MARIA TREPAT CASES [7], na obra coordenada por ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, nos ensina:

Trata-se aqui das já vistas exigências de boa-fé e obrigação de veracidade, cuja infringência é, com rigor, penalizada neste artigo.

O segurado contrata para garantir-se contra riscos previamente estabelecidos.

Se, conscientemente, amplia-os, age dolosamente, com infringência do contrato.

A compreensão e a interpretação do contrato de seguro são rigorosamente estritas, não comportando extensão ou analogia. Daí decorre a peremptoriedade da ciência ao segurador, pelo segurado, de qualquer ocorrência que possa agravar o risco coberto. Mandamento do artigo 769.

Na doutrina, colhe-se ainda o excerto de Arnaldo Rizzardo [8] que apostrofou com o brilho que lhe é peculiar:

6 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.

7 CASES, José Maria Trepat apud AZEVEDO Álvaro Villaça (Coord). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 240. v. 8.

8 AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 418.

A ninguém se permite que conduza ou dirija veículo se não estiver devidamente habilitado, sob pena de incidirem várias cominações, como as previstas no art. 162, inc. I, e constituídas de multa (três vezes) e apreensão do veículo. É que o veículo constitui um instrumento de perigo, com ampla possibilidade de causar danos, prejuízos e até a morte tanto do condutor como de terceiros, quando mal controlado ou dirigido. Impõem-se o preparo e o completo domínio não apenas quanto aos mecanismos e técnicas de direção, como também no tocante às vias e manobras precisas em momentos de constante perigo que aparecem.

Transportada a lição para o caso presente, é de se ver que a seguradora, em caso tal, não está obrigada a indenizar.

O segurado faltou com o cuidado objetivo exigível e agiu de má-fé, quebrando a paridade e a boa-fé que deve emergir do contrato, por força, inclusive, do artigo 422 do CC, como já aludi, ao deixar de comunicar à seguradora que seu filho, na realidade, estaria também dirigindo o veículo, fato que resulta da prova dos autos, e não apenas, isoladamente, no dia do acidente.

A prova revela, inclusive, que é duvidosa a afirmação da mãe de que as chaves teriam sido furtadas pelo filho. O fato de ter ficado trancada no apartamento não é revelador, por si só, da veracidade desse argumento. E não me parece que a mãe não saberia que o filho dirigiria o veículo na fazenda de propriedade do casal, aumentando o risco, assim, de que quisesse empreender o mesmo ato quando de sua estadia na cidade.

Dentro dessas circunstâncias, não é abusiva a cláusula contratual que exclui o dever de indenizar, por parte da seguradora, se o veículo estiver sendo conduzido por pessoa não habilitada, na medida em que, em caso tal, a falta de habilitação do condutor do veículo, apesar de se revelar mera infração administrativa e não apresentar relevância para a responsabilidade civil, leva à presunção de que o respectivo motorista, por falta de experiência, ou inabilidade para dirigir, agrava o risco do contrato, excluindo, com isso, o dever de indenizar. Afinal, a seguradora contrata o seguro à vista das informações prestadas pelo segurado, o qual paga determinado prêmio em razão de suas condições pessoais.

Querer impor o dever de indenizar porque o veículo simplesmente foi objeto de acidente automobilístico, sem que a seguradora tenha sido previamente comunicada de que seria ele também dirigido por pessoa sem habilitação, é querer fazer prestigiar a malícia e a má-fé em detrimento da boa-fé que deve regular todas as relações jurídicas, inclusive as reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, até mesmo porque, em caso tal, a seguradora certamente não firmaria o contrato ou, se o firmasse, exigiria outras condições que não aquelas que foram celebradas tendo em vista uma certa normalidade que se esperava nos contratos dessa natureza.

Bem se vê, portanto, que à Seguradora não cabe responder pelos prejuízos advindos do infortúnio, criado, também, a partir da negligência do próprio segurado, que permitia seu filho assumir a direção de um veículo automotor sem habilitação legal e, ao que tudo indica, sem ter o mínimo de responsabilidade e maturidade.

Pelo conjunto probatório dos autos, ao contrário do que concluiu o nobre julgador *a quo,* os pais eram sim coniventes com a irresponsabilidade do filho; este, além de legalmente inabilitado, mostrou-se um jovem inconsequente, cujo comportamento, de conduzir o veículo em excesso de velocidade e avançar cruzamento em que deveria parar, resultou no trágico desfecho ao vitimado.

Por conseguinte, ao anuir com essa situação de negligência, é evidente que o segurado potencializou o risco do contrato, não devendo lhe ser garantida a cobertura do seguro, nos moldes amplamente expostos no voto acima reproduzido.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento, a fim de julgar improcedente o pedido da lide secundária, contra o parecer.

Por conseguinte, inverto o ônus da sucumbência.

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Revisor)

De acordo com o voto do relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. PASCHOAL CARMELLO LEANDRO), APÓS O RELATOR E O REVISOR DAREM PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 29.11.2011)

O Sr. Des. Paschoal Carmelo Leandro (Vogal)

Após analisar os autos, acompanho o voto do relator para dar provimento ao recurso.

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. Paschoal Carmello Leandro.

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

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

Campo Grande, 29 de novembro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.029869-2 - Dourados
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR OMISSÃO QUANTO A ALGUNS PONTOS LEVANTADOS NA DEMANDA – REJEITADA – EMBARGOS DE TERCEIRO – EXECUÇÃO – ALIENAÇÃO DE BEM APÓS INICIADA A EXECUÇÃO – DECLARAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO – AUSÊNCIA DE REGISTRO DA PENHORA – BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE EVIDENCIADA – PROVA DOS AUTOS QUE, ADEMAIS, REVELA EFETIVAMENTE A COMPRA E VENDA, O PAGAMENTO DO PREÇO E A IMISSÃO DO ADQUIRENTE NA POSSE DO IMÓVEL – FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISTOS NECESSÁRIOS À CONFIGURAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO – INTELIGÊNCIA E APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 375 DO STJ – RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A fundamentação da sentença deve guardar coerência lógica com a demanda, com respeito ao princípio da congruência ou princípio da correlação entre a tutela jurisdicional e a demanda, que regem as relações jurídicas processuais, de sorte que a sentença proferida em observação a tais princípios deve ser mantida.

2. A inexistência de registro da penhora ao tempo da celebração do negócio e a não demonstração de má-fé do terceiro que adquiriu o bem, pagando o preço e imitindo-se na posse, impõem a tutela do direito do terceiro de boa-fé, devendo ser mantida a sentença que julgou procedentes os embargos manejados para desconstituição da constrição judicial. Inteligência e aplicação da Súmula n. 375 do STJ que diz que "*o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*".

3. Recurso conhecido e improvido, com a manutenção 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, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de novembro de 2011.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Banco Bamerindus do Brasil S.A., em liquidação extrajudicial, interpõe recurso de apelação cível, às f. 337-62, em face de Crébio José Ávila e Maria José Santana Saraiva Ávila, insurgindo-se contra a sentença de f. 303-6 do douto Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que julgou procedente o pedido

encartado nos embargos de terceiro intentados pelos apelados (Autos n. 002.04.004161-3), desconstituindo a penhora sobre o imóvel objeto da demanda.

Sustenta o apelante a nulidade da sentença, visto que não foi prolatada com base nos elementos constantes dos autos, restando omissa quanto a diversos pontos, o que não foi reconhecido em sede de embargos de declaração.

Afirma que a venda do imóvel aos apelados somente foi levada a efeito após a decretação da fraude à execução, sendo confusa a sentença quanto aos dados constantes nos autos.

No que tange ao mérito, aduzem que os embargos têm por objeto apenas a penhora realizada nos autos de execução e não contra a decisão de f. 223-4 que tornou nulo e ineficaz o ato de alienação do bem "*concretizado entre o devedor (via concubina) e terceiro, portanto, os efeitos dessa decisão continuam válidos e eficazes perante todos, inclusive contra os apelados, que em momento algum pediram a desconstituição dessa decisão*".

Argumenta que a fraude declarada está fundada na insolvência do devedor e no efeito cascata gerado sobre a cadeia dominial, ressaltando que não está demonstrada a boa-fé dos adquirentes-apelados, tendo em vista os fatos relativos à alienação do bem.

Salienta que o *consilium fraudis* já nasceu entre o executado Orides e sua companheira Leozina, os quais tinham a intenção de desviar o patrimônio para não sofrer os efeitos da execução, o que era de conhecimento dos apelados na época em que adquiriram o bem imóvel, porquanto a venda somente foi levada a efeito depois de ajuizada a ação executiva e formalizada a citação válida do devedor.

Afirma, por fim, que a má-fé é elidida pelo fato de que os apelados não comprovaram a realização de benfeitorias no imóvel.

Prequestiona os artigos 106, 107, 230 a 534, 589 e 860, parágrafo único, do Código Civil, 1.047 a 1.053 do CPC e 1º da Lei n. 7.433/85.

Contrarrazões às f. 367-76.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Para melhor elucidar a questão *sub judice*, é imperioso fazer uma breve digressão dos fatos.

O embargado-apelante, Banco Bamerindus S.A., ajuizou ação de execução em face de Bianchini Comércio de Cereais Ltda. e Orides Luiz Bianchini (Autos n. 002.98.005707-8), e todas as vendas feitas pelo executado a sua companheira ou a terceiros foram declaradas ineficazes diante da fraude à execução (f. 40-1), sendo que entre os imóveis alienados está matriculado sob n. 67.009**,** adquirido pelos embargantes-apelados, em relação ao qual foi determinada a penhora.

Por tais razões, os embargantes ajuizaram a presente demanda com o objetivo de desconstituir a penhora**,** pedido julgado procedente pelo douto juízo de primeiro grau, em sentença que merece ser transcrita:

> Assim, na hipótese dos autos, o imóvel *sub judice* foi penhorado por dívida do segundo da proprietária que vendeu o bem para os embargantes, visto que os embargantes compraram o imóvel de Karina Harumi Oshiro, que tinha adquirido o bem de Leozina Rodrigues de Souza, que adquiriu o imóvel do executado Orides Luiz Bianchini.

> Ora, uma vez comprovada uma cadeia de negociações, os terceiros de boa-fé, ora embargantes, que obtiveram a propriedade do imóvel não do devedor-executado, mas de vendedor que não tem execução contra si, não podem ser desapossados do bem adquirido.
>
> [...]
>
> Ademais, para a ocorrência de fraude à execução, em se tratando de alienação de bem imóvel, é necessária a conjugação de vários elementos, a saber:
>
> a) que a ação já tenha sido intentada, com citação válida dos executados; b) que o adquirente saiba da existência da ação; e, c) que o devedor tenha se tornado insolvente.
>
> No caso em concreto, não restou provada a ciência por parte dos embargantes acerca da existência da execução n. 002.98.005707-8, quando da alienação do imóvel da matrícula n. 67.009, não podendo ser presumida a má-fé dos adquirentes.

Tenho que a sentença não merece reparos, de modo que passo a expor os meus elementos de convicção.

I. Da nulidade da sentença pela omissão quanto à análise dos pedidos

A motivação das decisões judiciais é princípio de direito processual decorrente do direito fundamental ao contraditório em seu aspecto substancial, já que "*não basta que à parte seja dada a oportunidade de manifestar-se nos autos e de trazer as provas cuja produção lhe incumbe; é necessário que essa sua manifestação, esses seus argumentos, as provas que produziu sejam efetivamente analisados e valorados pelo magistrado*"[1].

É através da fundamentação que o magistrado resolve as questões de fato e de direito que são postas à sua apreciação, estabelecendo as premissas que o levaram a determinada decisão.

Assim, ainda que não acobertada pela coisa julgada material, a fundamentação da sentença deve guardar certa coerência lógica com a demanda em respeito ao princípio da congruência ou princípio da correlação entre a tutela jurisdicional e a demanda, que rege as relações jurídicas processuais e que define os limites objetivos e subjetivos da demanda, os quais estão estampados nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, os quais transcrevo a seguir:

> Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, **sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas**, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.
>
> Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Extrai-se dos autos que a sentença objurgada foi proferida em observação a tais princípios, razão pela qual deve ser mantida.

O douto juízo *a quo* fundamentou a sua decisão no fato de que, embora existente a fraude à execução, os embargantes dela não compactuaram, de sorte que não poderiam sofrer os efeitos da execução instaurada contra o devedor, da qual não tinham conhecimento.

1 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. 2. ed. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 266. v. 2.

Assim, despicienda era a análise da existência da fraude em si e da data da venda do bem imóvel, porquanto restou claro na sentença que o bem fora alienado por pessoa diversa da do devedor, sendo impossível a presunção de que os embargantes soubessem da instauração da demanda executiva e que esta poderia acarretar a perda do imóvel.

Rejeito, portanto, a preliminar.

II. Mérito recursal

Extrai-se dos autos que o imóvel em questão, segundo consta na certidão de matrícula de f. 49, era de propriedade de Orides Luiz Bianchini e foi transmitido à Leozina Rodrigues de Souza em 16.12.1998. Em 15.1.1999, foi então transmitido a Karina Harumi Oshiro e somente em 24.9.1999 foi o imóvel adquirido pelo apelado, através de escritura pública de compra e venda.

A execução, de fato, foi iniciada em 15.9.1998, mas apenas em 14.5.2001 foi declarada a fraude à execução e determinada a penhora de alguns bens do executado, que já haviam sido alienados a terceiros, dentre eles o imóvel adquirido pelos apelados (f. 41).

Ocorre que, mesmo tendo ocorrido a venda do bem no curso da execução, é necessário averiguar se essa venda ocorreu em *concilium fraudis* e se houve, ou não, boa-fé dos embargantes-adquirentes, sendo irrelevante a boa ou má-fé do alienante.

Este, por exemplo, até pode ter vendido com a intenção de frustrar a execução. O problema é outro, entrementes, consistente em aferir se o terceiro, que adquiriu, conciliou-se com o vendedor para frustrar a execução e, assim, se agiu ou não de boa-fé.

Este é o núcleo da questão, de sorte que a má-fé do executado-alienante nada revela de importante para deslinde dos embargos de terceiro.

A meu modo de ver, não restou comprovada a má-fé dos apelados, é, portanto, presumida a boa-fé, a qual se denota dos elementos dos autos, uma vez que os apelados não adquiriram o bem diretamente do executado, de sorte que a averiguação sobre a existência de execuções ajuizadas contra ele não lhe era encargo advindo do cuidado objetivo que tal contratação requer.

Ademais, nada constava no registro e a penhora somente foi concretizada muito tempo depois da aquisição do bem, ficando nítida a boa-fé dos embargantes, até porque, *"na compra e venda de imóvel, a transcrição no registro imobiliário do título translativo da propriedade apenas completa, ainda que necessariamente, a operação iniciada com o contrato, ou qualquer outro negócio translativo. O modus é condicionado pelo titulus. O registro é ato automático, independente de providências do transmitente.* (REsp n. 5801/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado 10.12.1990, DJ de 4.2.1991, p. 576) – grifei.

Assim, é possível vislumbrar que os embargantes não tinham ciência da execução realizada, muito menos de que esta poderia perseguir o referido bem, pois, quando da consulta no Cartório de Registro de Imóveis, não constava nada nesse sentido.

Os elementos coligidos nos autos atestam que a avença, efetivamente, foi firmada de maneira lícita, porque, ao tempo da alienação, não pendia qualquer registro da penhora no espelho imobiliário ou constrição outra que reservasse o bem para pagamento da dívida do executado para com o apelante.

Saliente-se que os embargantes não tinham como tomar conhecimento da existência de premente constrição no imóvel.

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp n. 648.457/MT, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 4.8.2005, DJ n. 29.8.2005, p. 334, decidiu:

> Assentou a 2ª Seção do STJ que fica afastada a fraude à execução se, vendido o imóvel em data anterior à inscrição da penhora, não existir prova da má-fé do adquirente. (Negritei).

E em outro aresto voltou aquele E. Tribunal Superior a decidir:

> PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO NA PENDÊNCIA DE AÇÃO DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. BOA-FÉ PRESUMIDA. LEI N. 8.953/94. CPC, ART. 659. LEI N. 6.015/73, ART. 167, I, N. 5. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO.
>
> I. Não padece de nulidade o acórdão estadual que enfrenta as questões essenciais ao julgamento da lide, apenas com conclusão desfavorável à parte.
>
> II. Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.953/94, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito *erga omnes* e, nessa circunstância, torne-se impeditiva da venda a terceiros, em fraude à execução.
>
> III. Caso em que, à míngua de tal requisito, a alienação é eficaz, autorizando o uso de embargos de terceiro em defesa da titularidade sobre o imóvel pelos adquirentes.
>
> IV. Precedentes do STJ.
>
> V. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp n. 557.358/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 18.3.2004, DJ de 10.5.2004, p. 294).

E, ainda:

> PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 593, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.
>
> Para que se tenha por fraude à execução a alienação de bens, de que trata o inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil, é necessária a presença concomitante dos seguintes elementos:
>
> a) que a ação já tenha sido aforada;
>
> b) que o adquirente saiba da existência da ação, ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência (presunção *juris et de jure* contra o adquirente), ou porque o exeqüente, por outros meios, provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência;
>
> c) que a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exeqüente a presunção *juris tantum*.
>
> Inocorrente, na hipótese, pelo menos o segundo elemento supra- indicado, não se configurou a fraude à execução.
>
> Entendimento contrário geraria intranqüilidade nos atos negociais, conspiraria contra o comércio jurídico e atingiria a confiabilidade nos registros públicos.

> Recurso conhecido e provido. (REsp n. 235.201/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 25.6.2002, DJ de 11.11.2002, p. 220).

Assim, inexistente o registro de penhora no tempo do negócio e não demonstrada a má-fé dos embargantes, imperioso tutelar os terceiros de boa-fé, razão pela qual o douto juízo sentenciante agiu com acerto ao julgar procedentes os embargos.

Sabe-se que a fraude à execução permite a decretação da ineficácia do negócio em virtude do dever de obediência ao ordenamento jurídico e, por outro lado, que a proteção do terceiro de boa-fé visa à segurança jurídica decorrente de relações jurídicas marcadas pela probidade e confiança, como é o caso presente.

Em razão disso, para que restasse configurada a fraude à execução, seria necessária a demonstração do *consilium fraudis*, que pressupõe o conhecimento, pelo terceiro adquirente da constrição ao tempo do negócio, o que, todavia, não aconteceu.

O entendimento jurisprudencial posiciona-se nesse sentido:

> EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. BOA FÉ. EFEITOS. FRAUDE À EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA.
>
> O embargante que adquire imóvel, em data em que o registro imobiliário do bem não indicava qualquer restrição à venda, deve ser considerado de boa fé. Não basta o ajuizamento da ação contra o devedor. É indispensável a publicidade da penhora do bem, mediante o respectivo registro de imóveis. Atuais precedentes do STJ. Sem a tal providência, aquele que adquirir o bem presume-se não ter conhecimento da pendência de processo capaz de conduzir o executado em insolvência. Só a partir da publicação da restrição judicial, mediante inscrição no Registro Imobiliário é que se admite venha a atingir terceiro. [...] (TJRS, AC n. 70008946287, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, julgado em 23.6.2004).

Esse entendimento, inclusive, foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio do enunciado 375**,** que dispõe: "*o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente"*.

Logo, tanto pelo fato de que a contratação ocorreu antes da própria penhora, quanto pelo fato de que não há demonstração da má-fé dos terceiros adquirentes, o que resulta do cotejo da prova dos autos, os embargos têm franca procedência, agindo com acerto o douto juízo de primeiro grau.

Não há evidenciar, em um quadro com tais contornos, que os elementos necessários à caracterização da fraude à execução e descritos na jurisprudência do STJ estejam presentes, a saber:

> a) que a ação já tenha sido aforada; b) que o adquirente saiba da existência da ação, ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência (presunção juris et de jure contra o adquirente), ou porque o exeqüente, por outros meios, provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência; c) que a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exeqüente a presunção *juris tantum*.

Logo, na qualidade de terceiros de boa-fé, não há falar na existência de fraude ou de participação em *consilium fraudis* com a finalidade de frustrar a execução, como objetivado pelo apelante, havendo o MM. Juiz, assim, bem decidido a espécie.

É este também o entendimento mantido neste Tribunal de Justiça, como se infere destes acórdãos:

> EMENTA – EMBARGOS DE TERCEIRO – FRAUDE À EXECUÇÃO – IMÓVEL ADQUIRIDO APÓS A CITAÇÃO DO EXECUTADO, PORÉM ANTERIOR AO REGISTRO DA PENHORA – TERCEIRO DE BOA-FÉ – FRAUDE NÃO CONFIGURADA – RECURSO PROVIDO.
>
> Somente restará configurada a fraude à execução, nos casos em que o negócio jurídico envolvendo o bem do executado for concretizado em período posterior à citação deste, e que já tenha sido realizada a inscrição da penhora no Cartório de Registro Imobiliário. Na ausência do registro, cabe ao exeqüente, provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem.
>
> Não tendo sido registrada a penhora, fica afastada a caracterização da fraude à execução, já que não se pode impor ao adquirente de boa-fé o conhecimento do processo executivo. (TJMS, AC n. 2010.031683-2, Quinta Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 9.12.2010).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – ALIENAÇÃO DO IMÓVEL APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO – AUSÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO, POIS SE PRESUME A BOA-FÉ DO COMPRADOR – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.
>
> O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente, o que não ocorreu nos autos. (TJMS, Ag n. 2010.029606-6, Campo Grande, Primeira Turma Cível Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 20.4.2011).

Assim, também já decidiu esta E. Quarta Turma Cível, em acórdão de que fui o relator:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – EXECUÇÃO – ALEGAÇÃO DE ALIENAÇÃO DE BEM PERTENCENTE AO DEVEDOR COMO OCORRIDA EM FRAUDE À EXECUÇÃO – INOCORRÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE CONSTRIÇÃO JUDICIAL NO MOMENTO DA REALIZAÇÃO DA VENDA E COMPRA, ESCRITURA E REGISTRO – MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE NÃO DEMONSTRADA – ÔNUS DO EXEQUENTE – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 375 DO STJ – RECURSO IMPROVIDO.
>
> A inexistência de penhora ao tempo do negócio e a não demonstração de má-fé dos embargantes impõe a tutela dos terceiros de boa-fé, devendo ser mantida a sentença que julgou procedentes os embargos de terceiros, manejados para desconstituição da constrição judicial. Inteligência e aplicação da Súmula n. 375 do STJ que diz que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.
>
> Recurso conhecido e improvido. (AC n. 2010.033696-8, Inocência, julgado em 10.3.2011).

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 entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado[2].

2 AgReg no REsp n. 1019053/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 17.4.2008, DJ de 13.6.2008.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

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

Campo Grande, 22 de novembro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.033186-8 - Amambai
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE – CONTRATANTE QUE OMITE DOENÇA PREEXISTENTE E REALIZAÇÃO DE INTERCORRÊNCIA MÉDICA ANTERIOR (CATETERISMO) – FALTA DE INFORMAÇÃO NA DECLARAÇÃO DE SAÚDE QUE INFLUENCIA NA FORMAÇÃO DO CONTRATO – MÁ-FÉ CARACTERIZADA – VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 422 E 766 DO CÓDIGO CIVIL – INEXISTÊNCIA DO DEVER DA SEGURADORA DE CUSTEAR O TRATAMENTO DO AUTOR – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O contrato de seguro é baseado na boa-fé e na lealdade de conduta dos contratantes.

A alegação da seguradora de doença preexistente, com a finalidade de se opor ao pagamento da indenização prevista na apólice, pressupõe a exigência de realização de prévio exame médico.

Todavia, não menos certo é que incumbe ao segurado, como imperativo da boa-fé, informar ao segurador todos os fatos e circunstâncias que possam influir na possibilidade da contratação e, se aceita, na justa fixação do prêmio pela garantia contratada de forma que, no seguro de vida ou no seguro-saúde, têm de ser precisas as informações sobre doenças preexistentes ou intercorrências sofridas, a serem prestadas pelo pretendente à contratação do seguro.

Assim, no questionário entregue ao segurado, que faz sua declaração de saúde, nas respectivas respostas deve ele guardar a mais estrita veracidade e transparência, informando tudo quanto possa interessar à mais escorreita análise da probabilidade de cobertura de riscos a serem contratados, possibilitando à seguradora admitir ou não o contratante ou, se for o caso, elevar o valor do prêmio, de acordo com o grau do risco.

Se o segurado, sabedor da doença preexistente e, outrossim, de já ter sofrido intercorrência médica anterior (cateterismo), omite tal fato, age com má-fé, descumprindo os preceitos dos artigos 422 e 766 do Código Civil, razões pelas quais a seguradora está desonerada da obrigação de promover a cobertura solicitada.

Sentença mantida. Recurso conhecido e 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, 29 de novembro de 2011.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação cível interposta por Rudmar José Stella contra a sentença de f. 305-10, proferida pelo douto Juízo da 1ª Vara de Amambai, que julgou improcedentes os pedidos da Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais processada sob n. 0004.08.004224-8, que move em face da Unimed de Santa Catarina Federação Estadual das Cooperativas Médicas.

Alegou o autor ter firmado um contrato de plano de saúde com a empresa requerida, tendo sofrido um acidente vascular cerebral na data de 21 de setembro de 2007, em Dourados, MS, necessitando de intervenção hospitalar naquela cidade, onde se submeteu a vários exames, porque não se sabia a causa do AVC. Recebeu o diagnóstico de acidente vascular cerebral embólico, relacionado ao forame oval patente.

Em dezembro do mesmo ano **contratou** com a requerida um plano de saúde em nome da empresa do qual é proprietário, constando um prazo de carência que deveria ser observado para se beneficiar dos serviços prestados pela ré.

Depois do prazo de carência, realizou outros exames na cidade de Dourados, ainda se constatando o mesmo quadro clínico vivenciado pelo requerente. Em nova consulta, desta vez em Porto Alegre, RS, um médico especialista solicitou a realização de exame denominado ecocardiograma transeofágico, que se deu no dia 11.9.2008, concluindo pela presença do ferame oval patente, solicitando o fechamento por cateterismo ou cirurgia.

Essa intervenção cirúrgica teve sua cobertura negada pela empresa ré, por se tratar de patologia preexistente, o que não é verdade porque, nos termos de atestado médico que juntou com a inicial, a descrição dessa doença é **normal**, encontrada em 25% das pessoas adultas.

Tendo em vista o contrato firmado com a empresa ré, pleiteou que fosse concedida antecipação de tutela para a realização da cirurgia, que fosse totalmente custeada pela apelada, e ainda que se não fosse cumprida a obrigação, que fosse convertida em perdas e danos (f. 2-61).

Deste modo, o douto juízo *a quo* proferiu decisão deferindo a tutela específica, com o propósito de determinar liminarmente a realização da cirurgia (f. 32-65).

Na sequência, o requerente ratificou a inicial e requereu a condenação da ré pelos danos morais a serem arbitrados pelo Magistrado de primeiro grau (f. 68-9).

Por sua vez, a empresa ré, ora apelada, apresentou contestação impugnando a liminar concedida, com fulcro na existência do perigo de irreversibilidade do provimento prevista no §2º do art. 273 do CPC. Arguiu que o requerente omitiu a doença preexistente na declaração de saúde realizada no ato na firmação do contrato, induzindo-a em erro e viciando a vontade de contratar, motivo pelo qual pleiteia a total improcedência da ação (f. 81-123). Juntou documentos às f. 123-226.

O autor apresentou impugnação à contestação às f. 229-41.

O juiz singular designou audiência preliminar, fixando os pontos controvertidos e deferindo a realização da prova pericial (f. 244), razão pela qual as partes apresentaram seus quesitos, que foram efetivamente respondidos pelo laudo médico pericial cf. f. 267-73 destes autos.

A empresa-ré manifestou-se quanto ao laudo às f. 279-83, reiterando suas alegações.

Dando normal prosseguimento ao feito, o autor e a ré apresentaram suas alegações finais (f. 288-94 e 301-4).

Diante disso, o MM. juízo de primeiro grau proferiu sentença, julgando improcedentes os pedidos feitos da exordial e condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios em 10% do valor da causa, bem como as despesas antecipadas em sede da tutela específica, a título de indenização à empresa requerida em sua totalidade, acrescida de juros de 1% ao mês e correção monetária pelo IGMP-FGV, desde a data da intervenção cirúrgica.

Irresignado, o autor apelou do *decisum* sob o enfoque de não possuir doença preexistente à celebração do contrato e não ter agido de má-fé na contratação do plano de saúde (f. 324-7), pleiteando, assim, a reforma da sentença para que fossem julgados **procedentes** os pedidos contidos na inicial e inversão dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões às f. 362-89.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Rudmar José Stella contra a sentença de f. 305-10, proferida pelo douto Juízo da 1ª Vara de Amambai, que julgou improcedentes os pedidos da Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais processada sob n. 0004.08.004224-8, que move em face da Unimed de Santa Catarina Federação Estadual das Cooperativas Médicas.

Ao compulsar os autos, verifica-se que o recorrente firmou um contrato de plano de saúde com a requerida na data de **22 de dezembro de 2007**, como consta dos documentos de f. 43-54

A cláusula 12ª do contrato (f. 47) previu **períodos de carência**, que variaram de 24 horas (para urgência e emergência) a 180 dias para todas as demais coberturas não especificadas com prazo menor nos itens antecedentes.

Todavia, o autor omitiu a incidência de uma patologia no seu quadro clínico no momento da celebração deste contrato, razão pela qual o douto juízo *a quo* entendeu que a empresa-ré não estava obrigada a custear a cirurgia do apelante.

Inconformado com a decisão, o autor apresentou recurso de apelação, a fim de reformá-la, sob o fundamento de que a patologia que apresentava à época da celebração do contrato não se tratava de doença anteriormente existente e que, portanto, não agiu de má-fé.

Por sua vez, em sede de contrarrazões, o apelado pleiteia pela manutenção da sentença, pois alega que a incidência da patologia é de fato encontrada em um número maior do que o apresentado pela apelante, sendo aproximadamente em 45% dos pacientes com AVC, sendo assim, quase metade **dos casos de AVC** o paciente possui a patologia diagnosticada pelo apelante. Sustentou tratar-se de uma doença anteriormente detectada, que deveria ter sido relatada na declaração de saúde feita pelo apelante ao firmar o contrato, visto que a relação contratual visa a um equilíbrio financeiro entre o apelante e a apelada.

I.

Depreende-se dos autos que a questão a ser dirimida trata de uma relação jurídica existente entre as partes, que firmaram um contrato de prestação de serviços médico-hospitalares celebrado em 20.12.2007, conforme documentos de f. 43-54.

Ocorre que, na estipulação das cláusulas e condições contratuais, a empresa-ré, visando ao equilíbrio financeiro para que a prestação dos seus serviços se dê de forma justa e apropriada com as condições nas quais o contraente se encontra, celebra no pacto a chamada "Declaração de Saúde", onde se constata tais condições para o beneficiário ser incluso no plano.

Outrossim, o beneficiário não mencionou em nenhum momento possuir a patologia "Forame Oval Patente", e pelos documentos anexados, o fato é que no dia 21.9.2007, antes, portanto, de o contrato ser celebrado, ele sofreu um Acidente Vascular Cerebral – AVC –, tendo sido internado em um hospital do coração da cidade de Dourados-MS, momento em que foi informado que o AVC estava relacionado ao Forame Oval Patente.

Nesta extensão, constata-se que apenas 3 (três) meses após tal diagnóstico, o autor-apelante procurou a empresa-ré para firmar um plano de saúde e, conforme consta à f. 161 dos autos, preencheu um documento denominado "Declaração de Saúde", no qual negou sofrer qualquer doença cardiovascular.

II.

In casu, quando se contrata um convênio privado para prestação de serviços médico-hospitalares, presume-se que a mensalidade estipulada no convênio sirva para manter a equidade entre os prestadores de serviços médicos, incluindo médicos, enfermeiros, aparelhos, toda uma estrutura hospitalar, e às necessidades dos aderentes do convênio.

Se, porventura, os beneficiários deste tipo de plano vierem a necessitar de intervenções cirúrgicas, internações e outros acompanhamentos, a empresa tem de ter um suporte financeiro adequado para que o tratamento seja fornecido de modo satisfatório àqueles que pagam regularmente.

Por isto mesmo que, **no contrato** celebrado entre as partes, a cláusula 12ª, parágrafo quinto (f. 47-verso), deixou assim convencionado, **com o destaque** necessário à exata compreensão do consumidor (atendendo, assim, as disposições do artigo 54 da Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor), que:

> Cláusula 12ª
>
> Parágrafo quinto. Com base nos resultados apurados na Declaração de Saúde, havendo a caracterização de doença ou lesão preexistente, o usuário titular ou dependente pode **optar:**
>
> a) - pela Cobertura Parcial temporária, entendendo-se esta a suspensão, pelo prazo de até 24 (vinte e quatro) meses, da cobertura de eventos cirúrgicos, leitos de alta tecnologia e procedimentos de alta complexidade, listados no rol de procedimentos da ANS, relacionados às **doenças preexistentes**, consoante especificações do "Anexo de Exclusões por Preexistência".
>
> b) - pelo Agravo do contrato, que consiste em um acréscimo no valor da contraprestação mensal (mensalidade), definido com base em cálculos atuariais aplicado às patologias que requeiram evento cirúrgico, uso de leitos de alta tecnologia e procedimentos de alta complexidade, permitindo a cobertura da doença preexistente após o cumprimento das carências normais previstas para cada cobertura.
>
> **Parágrafo sexto**: A opção será feita através de Declaração de Opção por agravo ou Cobertura Parcial Temporária, que deverá ser assinada pelo usuário e anexada ao presente contrato.

Ora, o autor-apelante, embora sabedor da doença preexistente, confessada por ele, inclusive, na inicial, já tendo sofrido anteriormente uma intercorrência médica, não só omitiu essa circunstância quando preencheu o documento de f. 161 (declaração de saúde), como também não optou pelo **agravo** do contrato, no caso o pagamento de uma mensalidade maior do que aquela que foi normalmente contratada, donde ter sido acertada, assim, a sentença, quando julgou improcedente a pretensão deduzida na inicial.

Sabe-se que os planos de saúde naturalmente envolvem situações de risco, de modo que, quem realiza o contrato com a empresa de saúde, pode repentinamente sofrer um acidente ou o desencadeamento de uma doença de que não era portador o autor, e, pelo contrato a contratada (Plano Privado de Assistência à Saúde), assume a obrigação de prestar a cobertura prevista no contrato, em casos tais.

Esclareço ainda que, com intuito da disponibilização de tratamentos e medidas eficazes a seus pacientes é que tais declarações são solicitadas, de modo que, sabendo idade, problemas de saúde, antecedentes do contratante e outros dados relevantes, podem ser realizados aumentos na tabelas de preços da mensalidade do beneficiário, o que apenas diz respeito à comutatividade contida em todo e qualquer contrato (exceto aqueles em que há liberalidade), em especial como no caso presente.

A exigência do *plus* na mensalidade é inerente à comutatividade, porque em princípio a contratada terá maiores ônus e encargos para desempenhar a contento as obrigações assumidas perante o contratante.

Nessa conjuntura, é imprescindível salientar que a instituição privada não tratou a saúde como um objeto de mercancia qualquer, observando as regras de responsabilidade que regem a matéria, expressas em sede constitucional.

Ademais, reputo importante esclarecer que se impõe ao particular prestador de serviços médicos e de saúde, à semelhança do Poder Público, que preste uma assistência médica integral para os consumidores conveniados, mormente em hipótese de urgência, em que a recusa do tratamento adequado e amoldado à espécie reclamada pelo contratante poderá resultar no óbito do paciente.

Nesse sentido, atendendo aos princípios do Texto Maior, não deixou de prestar seus serviços, priorizando a vida, e ao mesmo tempo com um paciente, que por sua vez é beneficiário de um plano de saúde da empresa requerida, mas foi omisso à época de sua contratação, ocultando a ocorrência de um problema de saúde preexistente que quebra o equilíbrio contratual e, principalmente, atentando contra a boa-fé contratual, prevista no artigo 422 do Código Civil, que redunda na inexistência do dever da apelada de promover a cobertura solicitada pelo apelante e, muito menos, pagar-lhe danos morais. Incide na espécie, outrossim, o artigo 766 do Código Civil, que dispõe:

> Art. 766. Se o segurado, por si ou seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, **perderá a garantia,** além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

Sendo inequívoco que o apelante já sofria da doença preexistente e omitiu o fato quando da contratação, até mesmo porque, reafirmo, o próprio autor, na inicial, já confessava a preexistência da doença e o documento de f. 161 revela a sua omissão em prestar a informação verdadeira e correspondente ao seu real estado de saúde, inexiste o dever de promover a cobertura solicitada. O autor ofendeu, ao mesmo tempo, tanto o artigo 422 quanto o artigo 766, ambos do Código Civil.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou matéria idêntica, assim tendo se posicionado o eminente Ministro Relator, em fundamentação que se aplica como luvas ao caso presente:

> No caso, conquanto o segurado, no momento da contratação, não tivesse a confirmação do diagnóstico de neoplasia, estava submetendo-se a uma bateria de exames

para averiguar os motivos de sua dor e de seu rápido emagrecimento. Aliás, a tomografia computadorizada realizada no dia 22.4.2003 foi taxativa ao dizer que a hipótese de neoplasia não poderia ser desconsiderada.

Referido laudo, segundo item n. 5, da perícia acostada às f. 285-98, "do ponto de vista médio, é bastante claro, estabelecendo a existência de patologia maligna do fígado". **Tais informações, por certo, não poderiam ter sido por ele omitidas quando do preenchimento da declaração pessoal de saúde, pois poderia ensejar a recusa da seguradora para celebração do contrato, ou até mesmo, alterar substancialmente os seus termos. Se as omitiu, evidente que agiu de má-fé.** (f. 164).

Nessa quadra, impertinente a tese de dissídio jurisprudencial porquanto, para a comprovação da similitude dos casos confrontados, é necessário o reexame de prova. Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Intimem-se. Brasília (DF), 16 de novembro de 2011. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino (Ag n. 1.407.561 - PR (2011/0072959-2).

E em outra decisão, o mesmo Ministro voltou a se pronunciar:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CARÁTER EXCLUSIVAMENTE INFRINGENTE. ACLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO. EXAME PRÉVIO. NECESSIDADE. DOENÇA PRÉ-EXISTENTE. CONHECIMENTO PELO SEGURADO. MÁ-FÉ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ.

1. A doença preexistente pode ser oposta pela seguradora ao segurado quando houver prévio exame médico ou prova inequívoca da má-fé do segurado. Precedentes específicos.

2. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (ED no Ag n. 1162957/DF, Terceira Turma, DJ de 24.5.2011).

E, ainda:

[...] Assim posta a questão, anoto que este Tribunal, de fato, pacificou a orientação de que a alegação da seguradora de doença pré-existente, com a finalidade de se opor ao pagamento da indenização prevista na apólice, pressupõe a exigência de realização de prévio exame médico. Nesse sentido, confira-se: AgRg no REsp n. 7.041/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ de 18.8.2001; AgRg no Ag n. 1.062.383/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 2.10.2008.

Esse entendimento, todavia, não se aplica nas hipóteses em que ficar comprovado que o **contrato** de seguro foi celebrado de má-fé pelo segurado que, ciente da fragilidade de sua saúde, omite informações sobre a doença grave de que é portador, com o nítido de propósito de obter vantagem ilícita em detrimento da seguradora com a qual celebrou o contrato, conforme posicionamento consolidado por ambas as turmas que compõem a 2ª Seção deste Tribunal:

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. DOENÇA PREEXISTENTE. SONEGAÇÃO DE INFORMAÇÃO. PROPÓSITO DELIBERADO DE FRAUDAR CONTRATO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. É indevido o pagamento de indenização decorrente de contrato de seguro de vida se constatado que a parte segurada, ao firmar o ajuste, agiu com o propósito deliberado de fraudar o contrato, sonegando informações relevantes acerca de seu estado de saúde.

> Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.003.302/SP, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 17.5.2010) - (RESp n. 765471, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 7.11.2011).

A exemplo desses acórdãos, no caso, não se pode deixar de notar que, conforme relatado pelo próprio apelante, três meses anteriores à contratação encontrava-se internado devido a um problema de saúde, principalmente por ter sido submetido a procedimento clínico de cateterismo, intervenção esta que não pode ser omitida nem esquecida tão facilmente, razão pela qual a meu ver resta comprovada a má-fé com que se portou ao contratar o plano de saúde.

Nelson Rosenval[1], comentando sobre o **artigo 422** do Código Civil, regra que reputo vilipendiada pelo autor, ao omitir seu prévio e comprometedor estado de saúde no ato da contratação, preleciona:

> A função integrativa da boa fé resulta do art. 422 do Código Civil. Integrar traz a noção de criar, conceber. Ou seja, além de servir à interpretação do negócio jurídico, a boa-fé é uma fonte, um manancial criador de deveres jurídicos para as partes. Devem elas guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução dele, o princípio da boa-fé. Aqui, prosperam os deveres de proteção de *cooperação* com os interesses da outra parte – deveres anexos ou laterais – propiciando a realização positiva do fim contratual na tutela aos bens e à pessoa da outra parte.
>
> O conteúdo da relação obrigacional é dado pela vontade e **integrado pela boa-fé**. Com isso, estamos afirmando que a prestação principal do negócio jurídico (dar, fazer e não fazer) é um dado decorrente da vontade. **Daí que sejam eles que definem o tipo de contrato.**
>
> [...] Parece-nos que o art. 422 não se olvidou da responsabilidade pré-contratual, tampouco da responsabilidade *post factum finitum*. Resta implícito no dispositivo que os deveres de conduta relacionados ao cumprimento **honesto e leal** da obrigação também se aplicam às **negociações preliminares** (tratativas) e sobre aquilo que se passa depois do contrato. Não se pode olvidar de que estamos diante de norma de textura aberta, que induz os operadores do direito à sua colmatação com base em argumentações já desenvolvidas pela doutrina.
>
> **Em verdade, mesmo antes de a relação obrigacional ser pactuada**, já existe o contrato social entre as partes. Os deveres **de conduta** emergem no momento das primeiras negociações, pois a boa-fé objetiva diz respeito à manutenção da palavra empenhada.
>
> **Assim,** a complexidade da relação obrigacional apanha todo o processo relacional construído pelas partes, não se podendo dissociar os acertos e as promessas inaugurais de tudo aquilo que e verificou após a subscrição do contrato.

O autor faltou com esse dever de conduta, que antecede ao contrato, omitindo seu estado de saúde e, mais do que isso, firmou declaração não verdadeira quando subscreveu o documento de f. 161, induzindo a seguradora em erro porque, soubesse dos antecedentes e histórico médico do autor, certamente que poderia ter recusado firmar o contrato ou teria alterado o preço da mensalidade, como ficou expressamente previsto em cláusula contratual que acima se transcreveu.

Por isto andou certo o douto magistrado singular quando, na sentença, aplicou o **artigo 766** do Código Civil e assim fundamentou a improcedência da pretensão deduzida na inicial:

1 PELUSO, Cezar; LOUREIRO (Coord.), Francisco Eduardo et alii. **Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência** - notas ao art. 422 do Código Civil. 3. ed. São Paulo: Manole. p. 459-60.

Ocorre que o requerente, na data de 22.9.2007, quase três meses antes de sua admissão no contrato de plano de saúde, submeteu-se a cateterismo cardíaco que diagnosticou o "Forame Oval Patente" (f. 192). O médico solicitando foi o Dr. Marcos Antonio Zeuli. Assim, fica evidente que o autor **sonegou a informação à empresa requerida**. Tal fato implica **violação ao artigo 766 do Código Civil**, que dispõe:

> Art. 766. Se o segurado, por si ou seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá a garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

Depreende-se dos autos que as provas são suficientes a demonstrar que o segurado **omitiu informações sobre seu estado de saúde** quando da celebração do contrato, principalmente na declaração de f. 161-4. Aqui não se trata de ausência de exame de admissão pela seguradora de saúde e sim da ciência da patologia anteriormente constatada pelo autor, omitindo-a quando da declaração prestada. Tenho que a empresa ré não foi omissa quanto a exames admissionais, pois um médico avaliador colheu as informações do autor (f. 163).

No caso em apreço, tenho que o autor sabia de seu mal congênito e deliberadamente omitiu esta circunstância quando do exame admissional.

> [...]. Como o segurado deixou de informar mal grave que sofria, seja por má formação congênita, seja por aparecimento posterior na fase adulta, fica evidente que deixou de agir com boa-fé contratual ao omitir patologia na declaração de saúde, principalmente quando menos de três meses antes tenha se submetido a procedimento invasivo com cateterismo, com diagnóstico do Forame Oval Patente. (f. 309).

Nos termos de iterativa doutrina**, o contrato de seguro é baseado na boa-fé, na lealdade de conduta dos contratantes** (**cf. Claudio Luiz Bueno de Godoy**, ob. cit., notas ao artigo 622 do Código Civil, p. 756), externando o doutrinador o seguinte elucidativo pensamento, do qual me abebero:

> [...]. Como é sabido, desde a proposta, ou mesmo independentemente dela, incumbe ao segurado, como imperativo da boa-fé, informar ao segurador tudo quanto possa influir na verificação da probabilidade de sinistro, inclusive a forma a se permitir a justa fixação do prêmio devido pela garantia contratada.
>
> São comuns os questionários entregues ao segurado, ou já integrantes da proposta, indagando sobre os fatos relevantes à contratação daquela espécie de seguro. Nas respectivas respostas, o segurado deve guardar a mais estrita veracidade e transparência, informando tudo que possa interessar à mais escorreita análise da probabilidade do sinistro contra o qual se faz o seguro, dessa forma estabelecendo-se, de acordo com o grau desse risco, o prêmio devido.
>
> Assim, por exemplo [...] no seguro de vida ou no seguro-saúde, têm de ser precisas as informações sobre doenças preexistentes ou intercorrências sofridas.

Faltou o autor, de forma muito clara e induvidosa, com a boa-fé objetiva em omitir a intercorrência sofrida três meses antes, o que, se do conhecimento da seguradora, poderia implicar a recusa da celebração do contrato ou a majoração do valor do prêmio a ser pago pelo segurado, donde inexistir, por consequência, o dever de a ré ser compelida a indenizar o autor, por qualquer motivo, seja por dano material, seja por dano moral, este último, aliás, mais do que nunca inexistente.

Assim, tendo o autor agido com ofensa aos artigos 422 e 766 do Código Civil, os pedidos formulados na inicial haveriam de ser julgados improcedentes, como acertadamente o fez o digno magistrado de primeiro grau.

Posto isso, conheço do recurso, mas lhe nego provimento, mantendo *in totum* a r. sentença profligada.

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. Paschoal Carmello Leandro.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Ruy Celso Barbosa Florence e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 29 de novembro de 2011.

***

Quarta Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2011.013290-9 - Capital
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA CONTRA LEI EM TESE – DECRETO ESTADUAL COM EFEITO CONCRETO – PRELIMINAR REJEITADA – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MEIO DE INTERNET/*SHOWROOM* E *TELEMARKETING* – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – ICMS – CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO – INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL – RECOLHIMENTO DE MERCADORIA – IMPOSSIBILIDADE – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

É admissível a interposição do *writ* contra Decreto Estadual com efeito concreto e com operatividade imediata.

A arrecadação do ICMS com fulcro no Decreto Estadual n. 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois está em conformidade com o disposto no artigo 155, VII, "a", da Constituição Federal de 1988 e artigos 4º, 11 e 13 da Lei Complementar n. 87/96.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e em parte com o parecer, conceder parcialmente a segurança.

Campo Grande, 26 de setembro de 2011.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de Mandado de Segurança Preventivo, com pedido de liminar, impetrado por Fast Shop Comercial S.A. contra ato na iminência de ser praticado pelo Secretário(a) de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul.

O presente *mandamus* foi impetrado objetivando a concessão da ordem que determine a abstenção do Fisco Estadual de cobrar ICMS sobre mercadorias vendidas de forma não presencial (pela *Internet),* quando do ingresso em território sul-mato-grossense, assim como de proceder à apreensão destas por falta de pagamento do referido tributo.

Aduz, em suma, que tal cobrança vem sendo efetivada pelo Estado de Mato Grosso do Sul com fulcro no Decreto Estadual n.13.162/2011 e no Protocolo do Confaz n. 21/2011, atos normativos que reputa inconstitucionais (por ofensa ao art. 155, § 2º, inciso VII, "a" e "b", da CF), e que ilegal a apreensão de mercadorias, já que realizada com fins de forçar o pagamento do imposto.

Requer a liminar para a suspensão imediata da exigibilidade do ICMS, na modalidade prevista pelo Decreto Estadual n. 13.162/2011, de modo que a autoridade coatora se abstenha de praticar qualquer ato tendente ao lançamento deste crédito, inclusive exigência de tributo na fronteira ou retenção de mercadorias. No mérito, pugna seja reconhecido o direito líquido e certo da impetrante e, consequentemente, a procedência da ação, confirmando-se a segurança concedida em tutela liminar, afastando definitivamente a exigência tributária em tela, para assegurar o direito da impetrante.

A liminar foi indeferida, por não se vislumbrar a presença dos requisitos ensejadores da medida de urgência (f. 107-8).

Regularmente notificado, o impetrado prestou informações (f. 150-95) e rebateu o pedido alegando em síntese: I - carência da ação, ante a impossibilidade de utilização do *mandamus* contra lei em tese; II - carência da ação por impossibilidade de utilização do *writ* para obtenção de tutela jurisdicional com efeitos normativos futuros; e III - legalidade do procedimento de controle, fiscalização e tributação oriundo do Decreto Estadual n. 13.162/2010.

Ao final, manifestou-se pelo acolhimento das preliminares ou a denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 232-61, opina pela concessão da ordem com a consequente suspensão, para a impetrante, dos efeitos do Decreto Estadual n. 13.162/2011.

VOTO

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

Trata-se de Mandado de Segurança Preventivo, com pedido de liminar, impetrado por Fast Shop Comercial S.A. contra ato na iminência de ser praticado pelo Secretário(a) de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul.

O presente *mandamus* foi impetrado objetivando a concessão da ordem que determine a abstenção do Fisco Estadual de cobrar ICMS sobre mercadorias vendidas de forma não presencial (pela *Internet),* quando do ingresso em território sul-mato-grossense, assim como de proceder à apreensão destas por falta de pagamento do referido tributo.

Por ser questão prejudicial, passo primeiro à análise e decisão acerca das preliminares arguidas pelo impetrado.

A autoridade indigitada como coatora argúi preliminar de carência da ação, por voltar-se o presente *mandamus* contra lei em tese e por visar à obtenção de tutela jurisdicional com efeitos normativos futuros.

DA SUPOSTA UTILIZAÇÃO DO *WRIT* PARA ATACAR LEI EM TESE

Em que pesem os argumentos do impetrado, a presente preliminar merece rejeição. Vejamos:

Como bem asseverou a douta Procuradora de Justiça, em seu parecer ministerial, *"De fato, muito embora a impetração vergaste o Decreto editado pelo Governador do Estado, o fato é que este é, tão-somente, o fundamento para se tentar impedir os atos concretos decorrentes do referido ato normativo".*

Assim, temos que o *writ* se dirige contra os atos que podem vir a ser praticados pela autoridade apontada como coatora – Secretário de Estado da Fazenda – com fundamento no Decreto, e não contra este

diploma em tese, mesmo porque, se não fosse essa a pretensão da impetrante, o impetrado seria o chefe do Poder Executivo e não um de seus auxiliares.

Em suma, o impetrado sustenta, com fundamento na Súmula n. 266, editada pelo Supremo Tribunal Federal, o não cabimento de mandado de segurança contra lei em tese, requerendo, para tanto, o não conhecimento da ação.

Sem razão no entanto, porquanto, quanto à natureza do ato normativo, é certo que a lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula n. 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual.

Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto para expor-se à impetração, mas nada impede que, na sua execução, venha a ser declarada inconstitucional pela via do *mandamus*. Somente as leis e decretos de efeitos concretos tornam-se passíveis de mandado de segurança, desde sua publicação, por equivalentes a atos administrativos nos seus resultados imediatos[1]

Hely Lopes Meirelles[2] ensina que:

> [...] por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis e ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança.

No presente caso, a incidência do tributo ICMS questionada faz restrição expressa à condição da impetrante, não incide, portanto, o impeditivo carreado no verbete sumular n. 266 do Supremo Tribunal Federal.

Por oportuno, temos o entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando da análise a caso semelhante, *in verbis:*

> [...] 1. A teor do que enunciado pela Súmula n. 213/STJ, a jurisprudência desta Corte Superior tem afirmado que o mandado de segurança é meio processual idôneo para se obter a declaração do direito à compensação tributária, sem que isso implique, todavia, num juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, vez que, para tanto, seria necessária a comprovação dos elementos concretos de cada operação realizada pelo impetrante (REsp n. 1111164/BA, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25.5.2009). 2. O mandado de segurança contra lei em tese é o que tem por objeto o ato normativo abstratamente considerado, ou seja, "...quando a impetração nada indica, em concreto, como representativo de ameaça de lesão à esfera jurídica do impetrante" (STF, REsp n. 99.416/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ de 22.4.1983). No caso, entretanto, a norma impugnada constitui mero fundamento do pedido e não seu objeto, havendo, portanto, indicação de situação individual e concreta a ser tutelada. 3. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp n. 779200/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13.11.2009).

1 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 41.

2 Op. cit. p. 42.

Rejeito, pois esta preliminar.

DA UTILIZAÇÃO DO *MANDAMUS* PARA OBTENÇÃO DE TUTELA JURISDICIONAL COM EFEITOS NORMATIVOS FUTUROS.

Igualmente, uma vez que se trata de mandado de segurança preventivo, natural que a tutela jurisdicional pleiteada dirija-se ao futuro, ou seja, contra atos que possam vir a ser implementados pela autoridade coatora.

Portanto, a preambular arguida deve ser afastada.

Quanto ao mérito, entendo que a ordem deve ser denegada.

O ato apontado como coator está embasado no Decreto Estadual n. 13.162/2011, oriundo do Protocolo de ICMS/Confaz n. 21/2011, instituído com o fim de fomentar a arrecadação do ICMS no Estado de Mato Grosso do Sul e nos demais Estados da Federação.

Embora o Protocolo n. 21 do ICMS/Confaz não tenha sido feito pela unanimidade dos representantes, tal circunstância não é capaz de invalidar a decisão do Conselho, porquanto a unanimidade dos representantes presentes somente se faz necessária quando a matéria tributária versar sobre concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

No caso, então, a deliberação do Conselho do Confaz foi possível em razão do disposto no inciso III do artigo 30 do Convênio ICMS 133/97 (Regimento do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ), que prevê decisões do Conselho, por maioria dos representantes presentes, nas demais deliberações.

Deste modo, diante da legalidade do Protocolo n. 21 do ICMS/Confaz, o Estado de Mato Grosso do Sul pode editar o Decreto Estadual n. 13.162/2011.

Por sua vez, ao analisar as obrigações tributárias definidas no Decreto Estadual n. 13.162/2011, vê-se que elas não contrariam a Constituição Federal tampouco a Lei Complementar n. 87/96, porquanto o Decreto Estadual não cria tributo, não modifica alíquotas, nem base de cálculo, nem altera o sujeito passivo.

No caso, temos que o fato gerador ocorre no local do Estado Consumidor, também denominado de Estado de Destino, pois a circulação da mercadoria ocorre no local onde foi feita a operação, mesmo que tenha sido de modo virtual, como ocorre nos presentes, onde são feitas através de "e-comércio".

Por sua vez, analisando a hipótese vertente, verifica-se que o fato gerador para efeitos da cobrança do imposto, bem como a definição do estabelecimento responsável pelo recolhimento quando a mercadoria for adquirida através de *Internet* deve ser feita conforme o disposto no artigo 11, § 3º, I, da Lei Complementar n. 87/96, *ex vi:*

> Art. 11. O local da operação ou da prestação, para efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:
>
> [...]
>
> § 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

> I – na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação.

Destarte, ao contrário do que aduz a impetrante, o sujeito passivo da obrigação tributária é a empresa que vende ao consumidor final as mercadorias por eles adquiridas através de *showroom*, *Internet* e *telemarketing*, e o local do fato gerador é o local em que tenha sido efetuada a operação.

Assim, aplica-se o que dispõe o artigo 155, VII, "a", da CF/88, qual seja, a arrecadação do ICMS deve ser dividida entre o Estado de origem e o de destino da mercadoria, sendo que o Estado de destino recebe a diferença entre a alíquota interestadual e a sua alíquota interna.

Nesse sentido, aliás, dispõe o artigo 2º e incisos do Decreto Estadual, *in verbis:*

> Art. 2º A parcela do ICMS devido a este Estado nas operações de que trata o art. 1º corresponderá ao valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações internas com a mesma mercadoria ou bem, sobre o valor da operação de aquisição, deduzido do valor equivalente aos seguintes percentuais, aplicados sobre a base de cálculo do ICMS devido na origem: I - 7% (sete por cento), para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo; II - 12% (doze por cento), para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo. § 1º Aplicam-se os percentuais de dedução estabelecidos neste artigo inclusive nos casos em que o documento fiscal emitido pelo remetente da mercadoria ou bem consignar destaque do ICMS pela alíquota aplicável às operações internas na unidade da Federação de origem. § 2º Para efeito do disposto neste artigo, quando verificado o subfaturamento ou a bonificação ou o desconto injustificado, deve ser: I - observado, no caso de subfaturamento, o preço corrente da mercadoria ou bem no mercado de Mato Grosso do Sul ou o Valor Real Pesquisado, se houver, para apuração da parcela do imposto devido a este Estado; II - desconsiderado o valor relativo à bonificação ou ao desconto injustificado.

Portanto, a arrecadação do ICMS com fulcro no Decreto Estadual n. 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois está em conformidade com o disposto no artigo 155, VII, 'a", da Constituição Federal de 1988 e artigos 4º, 11 e 13 da Lei Complementar n. 87/96.

Desse modo, sendo a alíquota de caráter interestadual, há apenas um recolhimento com divisão do imposto entre os Estados envolvidos na operação. Assim, não há falar em bitributação.

Feitas essas considerações e após detida análise dos autos, firmo entendimento de que, *in casu,* a impetrante não tem razão quanto à alegada bitributação.

Por fim, entendo que a segurança deve ser parcialmente concedida, para afastar a hipótese de recolhimento da mercadoria.

Em razão do expendido, afasto as preliminares e no mérito, em parte com o parecer, concedo parcialmente a segurança pleiteada por Fast Shop Comercial S.A., para afastar a hipótese de recolhimento da mercadoria.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, CONCEDERAM PARCIALMENTE A SEGURANÇA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 26 de setembro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.015417-0 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – AQUISIÇÃO DE MERCADORIA COM ALÍQUOTA MENOR QUE A EXIGIDA PARA A OPERAÇÃO – MULTA FORMAL POR FALSIDADE – RECURSO PROVIDO.

1. Inexiste ilegalidade ou inconstitucionalidade na imposição de multa pela falsidade de declaração da construtora, que se identifica como contribuinte do ICMS no momento da aquisição das mercadorias em outro Estado, aproveitando, assim, a alíquota interestadual, porém argumenta ao Fisco de destino que não são contribuintes do ICMS, para escaparem do diferencial de alíquota.

2. A falsa apresentação de empresa de construção civil sob a pretensa condição de contribuinte do ICMS, para se beneficiar de alíquota menor, autoriza a imposição de multa formal prevista no art. 117, IX, "D", do Código Tributário Estadual (Lei Estadual n. 1.810/97), por caracterizar fraude.

3. É legítima a multa formal aplicada à impetrante que, embora não contribuinte do ICMS, se apresentou como tal, para adquirir mercadoria em outro Estado, ao arrepio do disposto no art. 155, § 2º, "b", da Constituição Federal, lesando assim o erário e a economia estadual.

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, dar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de novembro de 2011.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de reexame necessário e de apelação cível interposto por Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a decisão proferida pelo Juiz da 5ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Plaenge Incorporações SPE Ltda. contra ato praticado pelo Superintendente de Administração Tributária da Secretaria de Estado de Receita e Controle de Mato Grosso do Sul, julgou totalmente procedente o *mandamus,* ratificando a liminar anteriormente concedida, para determinar que as mercadorias a serem utilizadas em obras empreendidas pela impetrante, na qualidade de empresa de construção civil, não estão sujeitas ao pagamento do ICMS.

Alega, em apertada síntese, que a sentença merece ser reformada, a fim de que a ordem pleiteada seja denegada e possa cobrar a multa fiscal prevista no art. 117, IX, "D", do Código Tributário Estadual (Lei Estadual n. 1.810/97).

Em suas razões recursais, o recorrente aduz que:

I - o termo de verificação fiscal anexado aos autos às f. 49 *"não está cobrando o diferencial de alíquota, mas sim multa do art. 117, IX, "d" do CTE"*, uma vez que se trata de nota fiscal sabidamente inconsistente;

II – as empresas de construção civil se beneficiam da própria torpeza, já que compram em outro Estado da Federação, pagando apenas alíquota interestadual, e depois se declaram não contribuintes no Estado de destino, sob o fundamento de que apenas são consumidores finais dos produtos, eximindo-se, assim, do pagamento correspondente à diferença de alíquota do tributo;

III – trata-se de sonegação escancarada, considerando que as construtoras deveriam informar no Estado remetente que não são contribuintes no Estado de origem, pois *"abertamente alegam que não se sujeitam ao ICMS, mas sim ao ISSQN, é evidente que a Nota fiscal deveria ter o destaque de 17% e não de 7%";*

IV – esta Corte e o STJ, em casos idênticos e análogos, já se posicionaram no sentido de que é perfeitamente legal a multa fiscal - art. 117, IX, "d", do CTE - Lei Estadual n. 1.810/97 - imposta em face de empresas que tentam burlar a tributação de forma escancarada;

V – embora não tenha Atestado de Contribuinte, por ter obrigação legal de se sujeitar às regras do Sistema Tributário Nacional é que a apelada pode ser multada; Por sua própria natureza, as multas tributárias são exatamente as obrigações fiscais mais utilizadas pelo Fisco para coibir a ação de não contribuintes que vivem tentando praticar ilícitos fiscais.

Prequestiona a matéria.

Em sede de contrarrazões, o apelado requer seja negado provimento ao presente apelo, rebatendo as teses apresentadas pelo recorrente, afirmando, em suma, que:

1 – O presente apelo é meramente protelatório, devendo, ainda, ser considerado de má-fé por duas razões: a – porque pela exegese do artigo 543 – C, do CPC, não será admitido recurso especial sobre a matéria discutida nos autos, pois o Superior Tribunal de Justiça julgou a questão em sede de recurso repetitivo (REsp n. 1.135.489 AL); b – é pacífico na jurisprudência daquela Corte que as construtoras, quando compram produtos a serem utilizados ao desenvolvimento de sua atividade fim, não são contribuintes do ICMS;

2 – O diferencial de alíquota do Estado de destino somente pode ser cobrado quando o destinatário for contribuinte do ICMS, o que não é o caso dos autos;

3 – Segundo o disposto na Constituição Federal, o fato gerador de um tributo deve ser instituído pela Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; também, que essa lei poderá vigorar apenas em relação a fatos geradores ocorridos no âmbito de atuação do ente público, nunca poderá declinar sua competência tributária a outro Estado da Federação;

4 – Para que um bem possa ser considerado mercadoria, precisa ser adquirido por comerciante e, ainda, que se destine ao comércio. Destarte, o construtor na qualidade de consumidor final dos bens *"jamais estará praticando ato de comércio, portanto, jamais haverá, nessa etapa da circulação, uma circulação de mercadoria"*.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 221-35, manifestou-se pelo conhecimento e provimento dos recursos (voluntário e obrigatório), a fim de que a sentença seja reformada para reconhecer a legitimidade da imposição da multa prevista no artigo 117, VII, "d", do Código Tributário Estadual.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de reexame necessário e de apelação cível interposto por Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a decisão proferida pelo Juiz da 5ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Plaenge Incorporações SPE Ltda. contra ato praticado pelo Superintendente de Administração Tributária da Secretaria de Estado de Receita e Controle de Mato Grosso do Sul, julgou totalmente procedente o *mandamus,* ratificando a liminar anteriormente concedida, para determinar que as mercadorias a serem utilizadas em obras empreendidas pela impetrante, na qualidade de empresa de construção civil, não estão sujeitas ao pagamento do ICMS.

O apelante insurge-se contra a sentença de mérito, requerendo o reconhecimento da legitimidade da cobrança da multa prevista no artigo 117, IX, "d", do Código Tributário Estadual (Lei Estadual n. 1.810/97).

O juízo *a quo* concedeu a ordem, a fim de impedir que o Estado cobre o ICMS pela alíquota interestadual, relativa à circulação de mercadorias entre diferentes Estados da Federação.

Importante destacar trecho da sentença objurgada, *in verbis*:

> [...] **no caso presente não haveria como reconhecer a legitimidade do ato** por ser indevida a pretensão do Fisco Estadual de cobrar o diferencial de alíquota de ICMS de mercadorias adquiridas em outro Estado e que tinham como destino a obra da impetrante.
>
> **De fato, o contribuinte do ICMS é aquele que realiza operação relativa à circulação de mercadorias. Assim sendo, certamente não está obrigado a recolher o referido tributo o contribuinte que realiza atividade diversa da mercantil, como é o caso da impetrante, empresa do ramo de construção civil. Não resta a menor dúvida que esta realiza outro fato gerador, qual seja, a prestação de serviços e, por conta disso, está sujeita ao pagmento do ISSQN.**
>
> **Tal entendimento, aliás, constitui posicionamento dominante no Superior Tribunal de Justiça** [...].
>
> **Dessa feita, extrai-se do entendimento supra que, inegavelmente as mercadorias movimentadas pelas empresas de construção civil, com a finalidade de serem utilizadas em obras por elas empreendidas, como ocorre no presente caso, não estão sujeitas ao pagamento do ICMS e, por tal razão, tem a impetrante o direito líquido e certo de não sofrer a cobrança de valores relativos ao diferencial de alíquota de ICMS sobre as mercadorias utilizadas na obra descrita na inicial e, bem assim, de não sofrer multa em razão da falta desse recolhimento**. (Grifamos)

Verifica-se, portanto, que o magistrado monocrático afirma ser indevida a cobrança constante do Termo de Verificação Fiscal, por entender que se trata de diferencial de alíquota interestadual do ICMS que, por essa razão, não poderia ser cobrada.

Ocorre que, como bem observou o douto Procurador de Justiça em seu parecer, ao contrário do que entendeu o juízo singular, **o Termo de Verificação Fiscal não está cobrando a alíquota interestadual,** mas **a multa prevista no Código Tributário Estadual pela falsidade da declaração prestada pela empresa apelada.**

É a esta conclusão a que se chega quando da análise do documento juntado aos autos à f. 49, onde consta, *in verbis:*

> DESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES: 024 - MERCADORIAS DESTINADAS A NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS, COM DESTAQUE DO IMPOSTO DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL;
>
> OBSERVAÇÕES DAS INFRAÇÕES: EMPRESA NÃO DETENTORA DO ATESTADO DE CONTRIBUINTE, NEM DECISÃO JUDICIAL;
>
> ENQUADRAMENTO DAS INFRAÇÕES: 002 - ART. 2 PARÁGRAFO 7 DO DECRETO N. 11.327/03;
>
> ENQUADRAMENTO DAS PENALIDADES: 001 - ART. 117, ix, D DA LEI N. 1.810/97 (CTE) C/REDAÇÃO ACRESCENTADA PELA LEI N. 2.647/03.
>
> Necessária a transcrição dos referidos dispositivos:
>
> Decreto n. 11.327/2003:
>
> Art. 2º [...] Na falta do Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS, a empresa de construção civil é obrigada a exigir do remetente, nas aquisições interestaduais, o destaque do ICMS à alíquota interna vigente na unidade federada do remetente (Grifamos).
>
> Código Tributário Estadual:
>
> Art. 117. O descumprimento de obrigação principal e acessórias instituídas pela legislação do ICMS, sujeita o infrator às seguintes multas punitivas:
>
> [...]
>
> IX – OUTRAS INFRAÇÕES:
>
> [...]
>
> d) aquisição, por empresa de construção civil, de mercadoria ou serviço, em operação interestadual, acobertada por documento fiscal, com destaque do ICMS à alíquota interestadual, sem o Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS – MULTA equivalente a cinquenta por cento do valor da operação.

Destarte, da análise da legislação tributária estadual, o consumidor final que adquirir mercadorias de outra unidade da federação está obrigado a informar o vendedor que ele deve recolher o imposto com base na alíquota interna estadual, porque ele não se sujeita à alíquota interestadual. Pelo descumprimento dessa obrigação, o Código Tributário Estadual prevê a imposição de multa.

Isso porque, em casos tais, incide-se a alíquota interna, ao contrário do que ocorreu no caso. Acerca da matéria, o art. 155, VII, da CF estabelece o que segue:

> VII – em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

> A) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
>
> B) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele. (Grifamos)

Pelo exposto, segundo a legislação vigente, a empresa construtora impetrante, ora apelada, deveria, no ato da compra, ter-se declarado não contribuinte do ICMS, a fim de que o tributo fosse recolhido integralmente no Estado de origem, pela alíquota interna**.** Ocorre que, como visto, não foi o que ocorreu no caso em tela.

Em análise à Nota Fiscal Fatura (f. 50), verifica-se que a empresa se declarou contribuinte do ICMS, fornecendo o número de sua inscrição estadual (283416190), exigido nas operações em que incide a alíquota interestadual.

Essa declaração prestada pela empresa recorrida fez com que a alíquota aplicada no lançamento do tributo fosse a interestadual, de 7%, em vez da interna de 18%, que é a correta, o que causou prejuízo ao erário, culminando na redução do preço final da mercadoria, uma vez que o valor recolhido pelo imposto é nele embutido.

Agindo desta maneira, a empresa impetrante não recolheu o valor R$ 528,48 devido, mas apenas R$ 205,52, o que causou prejuízo à Fazenda Pública.

Como bem ressaltou o douto Procurador de Justiça, *"essa prática reiterada das empresas de construção civil causa enorme prejuízo às Fazendas Estaduais, porque as construtoras optam pela compra de insumos oriundos de outros Estados, declarando-se contribuintes de ICMS e no Estado de destino das mercadorias se dizem não contribuintes, não recolhendo o imposto interestadual que seria devido"*.

Nas razões recursais, o Estado impetrante afirmou o que segue:

> Apenas para alertar os Nobres Julgadores, salientamos que a questão da Alíquota Interestadual e do Diferencial de Alíquota de ICMS é antiga e também é causa de um célebre caso de sonegação fiscal.
>
> Aproveitando-se das dificuldades e burocracias para a comunicação de dados fiscais sigilosos de um Estado para outro, várias Empresas ou Firmas Individuais utilizam-se de um expediente relativamente simples para praticar a sonegação quanto [quando] compram bem destinado ao seu uso, consumo ou ativo fixo.
>
> Assim, no outro Estado essas Empresas ou Firmas Individuais compram os produtos como consumidor final (bem destinados ao seu uso, consumo ou ativo fixo), mas, no momento da emissão da Nota Fiscal, também fazem questão de dizer que são Contribuintes de ICMS em Mato Grosso do Sul.
>
> Diante disso, a empresa vendedora emite a Nota Fiscal em que cobra apenas uma primeira parte do ICMS ao Estado de origem utilizando-se da alíquota interestadual (art. 155, § 2º, VII, 'a', da CF) geralmente de 7% sendo que a outra segunda e última parte do ICMS deve ser paga para o Estado de Mato Grosso do Sul (Estado de destino), utilizando-se o diferencial da alíquota (art. 155, § 2º, VIII, da CF).
>
> Essa é a regra de distribuição do ICMS nas operações interestaduais.
>
> Ocorre que, no momento da entrada das mercadorias em Mato Grosso do Sul, essas Empresas ou Firmas Individuais, marotamente, dizem aos Agentes Fiscais que não são Contribuintes de ICMS ou que, em que pesem terem a inscrição estadual, não possuem Atestado de Contribuinte e que a mercadoria simplesmente será destinada ao seu consumo/ativo fixo e não servirão para a comercialização.

In casu, resta claro que, *data venia*, o MM. Juízo singular equivocou-se ao proferir a sentença, na premissa de que o Estado não pode cobrar diferencial de alíquotas de ICMS das construtoras impetrantes, por serem elas contribuintes de ISSQN e não de ICMS, sem se atentar que a questão tratada neste *writ* não se refere à cobrança de diferencial de alíquota, mas sim à autuação fiscal (multa) por desrespeito à suposta obrigação acessória instituída na alínea "d" do inciso IX do artigo 117 do Código Tributário Estadual.

Pois bem. Extrai-se da análise da inicial que, em nenhum momento a impetrante afirma que o Estado pretende cobrar diferencial de alíquota. O Estado, por sua vez, registra expressamente que não está cobrando diferencial de alíquota nem imposto de outro Estado, está exigindo apenas a multa pela nota fiscal inconsistente.

Assim, feita esta ressalva, transcrevo, utilizando-me, como razões de decidir e pedindo vênia pela extensão da citação, do voto proferido pelo Min. Herman Benjamin em caso análogo, no qual, inclusive, reconhece o citado ministro ter incorrido no mesmo equívoco do juízo singular deste *writ, in verbis:*

> A discussão toda se refere à aquisição, pelas empresas goianas de construção civil, de mercadorias em outros Estados, cujas notas fiscais correspondentes apresentam a alíquota interestadual de ICMS.
>
> Quanto às operações interestaduais, a Constituição Federal determina a aplicação da alíquota interna (mais alta que a interestadual) nas operações realizadas não apenas dentro do Estado membro. A alíquota interna é também adotada obrigatoriamente nas vendas interestaduais em que o adquirente não seja contribuinte do imposto, nos termos do art. 155, § 2º, VII, da CF, a seguir transcrito (grifei):
>
> Art. 155, § 2º, VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:
>
> a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
>
> b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;
>
> A sistemática constitucional é evidente. Quando a mercadoria é vendida para um adquirente não-contribuinte, toda a arrecadação do ICMS é devida ao Estado de origem (alíquota interna). Quando o bem é alienado a um contribuinte em outra Unidade da Federação, é devida a alíquota interestadual ao Estado de origem, e o diferencial (com relação à alíquota interna), ao Estado de destino, nos termos do art. 155, § 2º, VIII, da CF, a seguir transcrito:
>
> Art. 155, § 2º, VIII - na hipótese da alínea a do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;
>
> É indiscutível que as construtoras não são contribuintes de ICMS, exceto em situação específica, conforme consignou, corretamente, o acórdão embargado.
>
> Ocorre que as empresas de construção civil goianas têm adquirido mercadorias em outros Estados, sendo-lhes aplicada a alíquota interestadual menor, que, como vimos, somente é devida quando o adquirente é contribuinte do imposto.
>
> Aqui é importante uma anotação que, aparentemente, passou desapercebida quando do julgamento do Recurso Ordinário: em nenhum momento o Estado de Goiás questionou o fato de que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS. Pelo contrário, conforme consigna a própria impetrante, a legislação goiana prevê expressamente essa condição de não-contribuinte do ICMS.

O que acontece é que o Estado de Goiás não admite que as empresas apresentem-se (incorretamente) como contribuintes do ICMS perante seus fornecedores em outros Estados, conseguindo a alíquota interestadual menor e, ao mesmo tempo, não paguem o diferencial de alíquota, por não serem contribuintes do ICMS, conforme a legislação federal, estadual, e jurisprudência do STJ. Entende que há falsidade nas declarações, impondo multa.

É essa multa que se discute na impetração, nada mais.

A impetrante, em sua petição inicial, defende que:

a) a legislação goiana não poderia definir como não-contribuintes as empresas de construção civil, e

b) essa mesma legislação de Goiás não poderia prever punição para empresas de construção que adquiram produtos pela alíquota interestadual, ainda que a legislação do Estado de origem assim o determine.

[...]

E para assegurar que as empresas devam adquirir seus produtos com alíquota interna, ainda que a legislação vigente no Estado de origem disponha de forma diferente, o mesmo legislador assim prescreve a punição.

Art. 71 [...] são aplicadas as seguintes multas

[...]

VIII - de 25% (vinte e cinco por cento) do valor da operação ou da prestação, não podendo ser inferior a R$ 347,92 (trezentos e quarenta e sete reais e noventa e dois centavos):

[...]

b) pela aquisição de mercadoria ou serviço, em operação interestadual, acoberta por documento fiscal no qual se consigne, indevidamente, a alíquota interestadual, sob a pretensa condição de contribuinte do destinatário da mercadoria ou serviço;

O TJ-GO analisou estritamente esta questão da multa, considerando que as empresas de construção civil, por não serem contribuintes do ICMS, submetem-se à alíquota interna (e não à interestadual, que é menor e devida apenas nas aquisições por contribuinte). Por não serem contribuintes e, mesmo assim, identificarem-se como contribuintes para fins de incidência do ICMS pela alíquota interestadual (menor), é devida a multa por falsidade, nos termos da legislação goiana.

Transcrevo a ementa do acórdão proferido pelo TJGO (f. 199):

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO. ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. ALÍQUOTA INTERNA. PENALIDADES.

1. A empresa ligada à construção civil, não sendo contribuinte do imposto, deve aplicar-se alíquota interna, para pagamento de ICMS, ao teor do disposto na Constituição Federal art. 155, § 2º, VII, “b” e art. 44, § 3º, da Lei n. 13.194/97, que alterou o Código Tributário Estadual.

2. Correta a aplicação de multa, prevista no art. 71, "g", da Lei n. 13.194/97, pelos fiscais arrecadadores, quando do fornecimento de declaração falsa, negando ou alegando a condição de contribuinte do imposto.

SEGURANÇA DENEGADA.

Transcrevo trecho do voto-condutor (f. 197):

Assim, as provas contidas nos autos atestam claramente as assertivas das impetrantes quanto à aplicação de penalidade pelo fisco estadual.

No entanto, diversamente do citado, quanto à ilegalidade de tais atos, posto que os fiscais arrecadadores estão agindo dentro das normas legais, aplicando multa às empresas de construção civil por prestarem falsas informações, para se isentarem do pagamento de alíquota de valor superior.

Ocorre que a aplicação da multa por declaração falsa, expressamente analisada pelo TJ-GO e impugnada no Recurso Ordinário (f. 214) não foi apreciada pela Segunda Turma.

A rigor, a Segunda Turma julgou algo com relação a que não havia controvérsia: a qualidade de não-contribuinte das empresas de construção civil. Como dito, a própria legislação goiana determina que elas não são contribuintes do ICMS.

Repito que a discussão no presente *writ* refere-se apenas à aplicação da multa por declaração falsa, e não à condição de não-contribuinte das construtoras.

Nunca se exigiu o diferencial de alíquota a que o acórdão embargado faz referência, conforme relata o próprio Estado de Goiás: "quanto ao diferencial de alíquota, não está sendo exigido pela Secretaria da Fazenda, apenas a multa formal" (f. 169, grifo no original).

Considerando que a análise da multa por declaração falsa corresponde ao cerne da impetração, evidente a omissão a ser sanada nestes Embargos de Declaração.

A solução da omissão é ainda mais importante quando verificamos que o presente writ é coletivo, abarcando toda a classe empresarial goiana (f. 2).

Como já dito, a alíquota interestadual (menor que a interna) somente deve existir, nos termos da Constituição Federal, no caso de vendas realizadas para contribuintes do imposto (art. 155, § 2º, VII, "a").

A situação é no mínimo paradoxal: as empresas de construção apresentam à fiscalização uma nota fiscal com alíquota de ICMS interestadual que, como é sabido, somente cabe nas aquisições feitas por contribuintes. Ao mesmo tempo, não recolhem diferencial de alíquota por serem consideradas não contribuintes do ICMS pela legislação estadual (e pela jurisprudência pacífica do STJ). Essa questão fulcral é assim descrita pelo embargante (f. 256):

É fundamental relembrar que o pedido exordial da ação mandamental e o objeto do Recurso Ordinário foram para que a autoridade impetrada não mais aplicasse penalidade, ainda que as empresas de construção civil, por não serem contribuintes do ICMS, pudessem, de forma teratológica e em total afronta ao texto constitucional (art. 155, § 2º, VII - prequestionamento), aplicar a INCORRETA alíquota interestadual, isentando, por consequência, de alíquota de valor superior, que é da alíquota interna.

Ora, não é possível que o contribuinte apresente-se (incorretamente) como contribuinte do ICMS aos fornecedores de outros Estados, adquirindo mercadorias com a alíquota menor (interestadual) e, ao mesmo tempo, apresente-se (corretamente) como não-contribuinte perante o fisco goiano, eximindo-se de pagar o diferencial de alíquota.

Retomando os fundamentos do *writ*, a impetrante sustenta que (f. 8):

a) a legislação goiana não poderia definir como não-contribuintes as empresas de construção civil, e

b) essa mesma legislação de Goiás não poderia prever punição para empresas de construção que adquiram produtos pela alíquota interestadual, ainda que a legislação do Estado de origem assim o determine.

Em primeiro lugar, não se pode acusar a legislação estadual de definir indevidamente as construtoras como não-contribuintes do ICMS. Isso é feito pela legislação federal que determina a exclusiva incidência do ISS municipal nessas atividades (LC n. 116/2003, item 7 da lista anexa). Somente as mercadorias produzidas pela construtora no local da prestação de serviço é que se sujeitam ao ICMS (item 7.02, in fine, da lista anexa à LC n. 116/2003).

A jurisprudência do STJ é pacífica quanto a isso, conforme consignado, corretamente, no acórdão embargado: "Consoante orientação consagrada pela Egrégia 1ª Seção, as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo em situações específicas" (f. 250).

Assim, não se sustenta o primeiro fundamento da impetração. Quanto ao segundo, há um evidente erro na afirmação feita, de que a legislação de Goiás não poderia prever punição para empresas de construção que adquiram produtos pela alíquota interestadual, ainda que a legislação do Estado de origem assim o determine.

Ora, como dito anteriormente, é a Constituição Federal que regula exaustivamente a aplicação de alíquotas nas operações interestaduais (art. 155, § 2º, VII), e não os Estados membros.

Não tem cabimento defender a aplicação de alíquota interestadual na venda feita a não-contribuinte do ICMS, em evidente afronta ao art. 155, § 2º, VII, "b", da CF!

Não se pode exigir passividade do fisco perante a situação teratológica de essas mesmas empresas usufruírem da condição de contribuinte, para fins de alíquota interestadual reduzida, ao mesmo tempo em que evocam a jurisprudência desta Corte para dizer não serem contribuintes e não recolherem o diferencial de alíquota.

A questão de fundo é evidente.

As empresas de construção civil sentem-se à vontade para preterir os fornecedores de mercadorias de seu Estado, buscando adquiri-las em outras Unidades da Federação, submetendo-se à alíquota interestadual menor (em ofensa direta ao art. 155, § 2º, VII, "b", da CF) sem a contrapartida do diferencial devido ao Estado de destino, nos termos do art. 155, § 2º, VIII, da CF. Além da distorção tributária, nota-se que a situação prejudica a economia local em favor dos fornecedores de outras Unidades da Federação.

Essa guerra fiscal, com prejuízo para Estado embargante, não pode ser chancelada por uma interpretação distorcida da legislação tributária.

É notório que o vendedor da mercadoria emite a nota fiscal com base nas informações prestadas pelo adquirente (nome, endereço, qualificação). Impensável que as construtoras não saibam que as notas fiscais estão sendo emitidas erroneamente, com aplicação da alíquota interestadual, violando o art. 155, § 2º, VII, "b", da CF.

Fácil concluir, portanto, que as construtoras que adquirem mercadorias em outros Estados como se fossem contribuintes do ICMS, embora saibam que não o são, agem com deslealdade perante o Fisco e afrontam o Princípio da Boa-Fé Objetiva.

Ainda mais quando pretendem apenas o bônus da condição de contribuintes (alíquota interestadual menor), mas não o ônus (pagamento do diferencial ao Estado de destino).

Essa é uma lei básica da lógica (não-contradição): alguém não pode ser e, ao mesmo tempo, não ser contribuinte do ICMS com relação à mesma operação.

O legislador goiano entendeu que há falsidade das construtoras, lesiva à tributação, e fixou punição para isso.

Transcrevo o dispositivo do Código Tributário Estadual, informado pelo Estado (f. 168) e pela impetrante (f. 8):

Art. 71 - Serão aplicadas as seguintes multas:

VIII - de 25% (vinte e cinco por cento) do valor da operação ou da prestação, não podendo ser inferior a R$ 347,92 (trezentos e quarenta e sete reais e noventa e dois centavos):

b) pela aquisição de mercadoria ou serviço, em operação interestadual, acoberta por documento fiscal no qual se consigne, indevidamente, a alíquota interestadual, sob a pretensa condição de contribuinte do destinatário da mercadoria ou serviço;

Não há nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade na legislação goiana. Pelo contrário, trata-se de norma que busca impor aos contribuintes a correta tributação, nos termos da Constituição.

É legítima, portanto, a legislação do Estado de Goiás, apenando a ação das empresas de construção civil que, embora não contribuintes do ICMS (conforme a jurisprudência do STJ, a legislação federal e estadual), apresentam-se como tais no momento da aquisição das mercadorias em outros Estados, ao arrepio do art. 155, § 2º, VII, "b", da CF, lesando o Erário e a economia local.

Assim, acolho os Embargos de Declaração, para análise da questão, objeto do *writ*, reconhecendo a legitimidade da multa estadual e, por conseqüência, dando-lhe efeito infringente para negar provimento ao Recurso Ordinário[1]. _ftn15

Como se vê, os atos impugnados não referem-se a cobranças de diferencial de alíquotas, mas sim a aplicação de multa em razão da falsidade das declarações prestadas pelas construtoras impetradas, falsidade esta utilizada para sonegar tributos, o que, inclusive, configura crime.

Assim, na esteira do precedente supratranscrito, cujo posicionamento foi reafirmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 620.112/MT[2], tenho que inexiste

1 ED no MS n. 12.062/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 13.5.2008, DJ de 13.3.2009.

2 REsp n. 620.112/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 7.5.2009, DJ de 21.8.2009.

> ilegalidade ou inconstitucionalidade na imposição de multa pela falsidade de declaração das construtoras, que identificam-se como contribuintes do ICMS no momento da aquisição das mercadorias em outros Estados, aproveitando, assim, a alíquota interestadual, porém argumentam ao Fisco de destino que não são contribuintes do ICMS, para escaparem do diferencial de alíquota.
>
> Observo, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial representativo de controvérsia, já decidiu que:
>
> 1. O ente federado legiferante pode instituir dever instrumental a ser observado pelas pessoas físicas ou jurídicas, a fim de viabilizar o exercício do poder-dever fiscalizador da Administração Tributária, ainda que o sujeito passivo da aludida "obrigação acessória" não seja contribuinte do tributo ou que inexistente, em tese, hipótese de incidência tributária, desde que observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ínsitos no ordenamento jurídico.
>
> [...]
>
> 6. Destarte, o ente federado competente para instituição de determinado tributo pode estabelecer deveres instrumentais a serem cumpridos até mesmo por não contribuintes, desde que constituam instrumento relevante para o pleno exercício do poder-dever fiscalizador da Administração Pública Tributária, assecuratório do interesse público na arrecadação.
>
> [...]
>
> 9. Nada obstante, subsiste o dever instrumental imposto pelo Fisco Estadual com o intuito de "levar ao conhecimento da Administração (curadora do interesse público) informações que lhe permitam apurar o surgimento (no passado e no presente) de fatos jurídicos tributários, a ocorrência de eventos que tenham o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, além da extinção da obrigação tributária" (Maurício Zockun, *in* **Regime Jurídico da Obrigação Tributária Acessória,** Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, pág. 134). 10. Isto porque, ainda que, em tese, o deslocamento de bens do ativo imobilizado e de material de uso e consumo entre estabelecimentos de uma mesma instituição financeira não configure hipótese de incidência do ICMS, compete ao Fisco Estadual averiguar a veracidade da aludida operação, sobressaindo a razoabilidade e proporcionalidade da norma jurídica que tão-somente exige que os bens da pessoa jurídica sejam acompanhados das respectivas notas fiscais.[3].

Desse modo, reitero, tenho que inexiste ilegalidade ou inconstitucionalidade da autuação fiscal da impetrante, sendo correto o entendimento do Estado apelante quando aduz que *"a legislação tributária não exige a formalização do sujeito passivo para o caso de imposição de penalidade/multa. Se assim não o fosse, ninguém mais se cadastraria e o Fisco ficaria impedido de atuar, o que seria um completo absurdo. Por sua própria natureza, as multas tributárias são exatamente as obrigações fiscais mais utilizadas pelo Fisco para coibir a ação de não contribuintes que vivem tentando praticar ilícitos fiscais*".

Ressalte-se que a imposição de penalidade é o instrumento mais eficaz para fazer cumprir a legislação tributária.

Pelo exposto, entendo que a sentença objurgada merece ser reformada, tanto por conta do recurso voluntário, quanto do necessário, a fim de que seja denegada a ordem, para que o Estado possa cobrar a multa descrita no Termo de Verificação Fiscal.

3 REsp n. 1116792/PB, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.11.2010, DJ de 14.12.2010.

Posto isso, com o parecer, conheço e dou provimento aos recursos (voluntário e obrigatório), reformando-se a sentença para reconhecer a legitimidade da imposição da multa prevista no artigo 117, VII, "d", do Código Tributário Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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 novembro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.025023-8 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – ALTERAÇÃO DE FACHADA DE EDIFÍCIO – DESCUMPRIMENTO POR LOCATÁRIO DAS REGRAS INTERNAS DO CONDOMÍNIO – AÇÃO PROPOSTA EXCLUSIVAMENTE PELA PROPRIETÁRIA DA UNIDADE LOCADA – ILEGITIMIDADE ATIVA DECLARADA DE OFÍCIO – EXTINÇÃO DO FEITO SEM ANÁLISE DO MÉRITO.

1. Não possui legitimidade ativa a proprietária da unidade locada para obrigar o locatário do imóvel a retirar compressor de ar condicionado instalado na sacada, que foi considerado em assembléia como alteração de fachada.

2. Discussão nos autos que envolve a análise da alteração de fachada do condomínio e legalidade da multa aplicada pela permanência do aparelho que não se limita ao contrato de locação firmado entre as partes.

3. Por ser matéria de ordem pública, a ilegitimidade, seja ela ativa, seja passiva, pode ser conhecida de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição.

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, julgar, *ex officio,* extinto o feito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de outubro de 2011.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário -interposto por Aloisyo José Campelo Coutinho contra sentença proferida pelo Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação Obrigação de Fazer movida por Izabella Assis Trad**.**

Preliminarmente, alega:

a) a ocorrência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, diante da necessidade de colheita de provas em audiência, além de perícia a fim de comprovar o suposto abalo na estrutura de sustentação;

b) necessidade de inclusão do condomínio no polo passivo da presente demanda, já que a multa foi por ele fixada;

No mérito, alega, em síntese, que:

I – ausência de irregularidade na instalação do ar condicionado, visto que inexiste prejuízo à harmonia arquitetônica da construção tampouco dano estrutural;

II – ilegalidade da multa aplicada, uma vez que não foram notificados após a deliberação de multa no caso de descumprimento;

III – os honorários foram fixados em valor superior à própria condenação, devendo sofrer redução.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

Intimado, o apelante comprovou o efetivo recolhimento do preparo recursal.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário -interposto por Aloisyo José Campelo Coutinho contra sentença proferida pelo Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação Obrigação de Fazer movida por Izabella Assis Trad**.**

Preambularmente, consigno que a legitimidade da parte é matéria de ordem pública e, como tal, pode ser conhecida até mesmo de ofício, não se operando os efeitos da preclusão quanto a esta questão, a teor do que estabelece o § 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido são os ensinamentos de Nelson Nery[1]:

> **Exame de ofício.** Como são matérias de ordem pública, as causas dos incisos IV (pressupostos processuais), V (coisa julgada, litispendência e perempção) e VI (condições da ação) podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, porque não acobertadas pela preclusão, e devem ser examinadas de ofício pelo juiz ou tribunal.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de inexistir preclusão *pro judicata* em matéria de ordem pública, conforme aresto a seguir transcrito:

> AGRAVO INTERNO. BRASIL TELECOM. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM*. FATO INCONTROVERSO. CONDIÇÃO DA AÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITOS. ILEGITIMIDADE ATIVA DA CESSIONÁRIA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE FATOS, PROVAS E CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5 E N. 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. IMPROVIMENTO.

1 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: RT, 2007. p. 503.

> I - A legitimidade das partes, por tratar-se de uma das condições da ação, é matéria de ordem pública. Deve, portanto, ser apreciada de ofício.
>
> [...]
>
> IV. Agravo regimental improvido. (AgReg no Ag n. 1006701/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 12.8.2008, DJ de 3.9.2008).

No caso em apreço, a autora é proprietária do imóvel situado na Av. Afonso Pena, 3103, apartamento 102, do Bloco Ipanema, nesta Capital, o qual foi locado ao requerido em 13 de abril de 2010.

Objetiva a autora obrigar o apelante à retirar o compressor de ar-condicionado fixado na parte superior da sacada, mais precisamente na viga de sustentação do edifício, em razão de tal infringir o disposto no art. 13º do Regimento Interno do Condomínio Edifícios Ipanema/Arpoador, *verbatim:*

> Art. 13º - É expressamente proibido a alteração da fachada principal dos apartamentos, seja através da colocação de grades, decoração, pinturas ou ainda, a colocação de qualquer tipo de aparelho elétrico ou similares.

Destaca a apelada que o requerido já foi notificado pelo condomínio, tendo descumprido o requerimento, razão pela qual, por decisão em assembléia geral extraordinária realizada em julho de 2010, vem sofrendo sanções.

O apelante, por sua vez, afirma que o aparelho de ar condicional não altera a fachada do condomínio tampouco há provas do alegado risco na estrutura do edifício em razão da sua fixação na viga de sustentação do prédio, deduzindo, ainda, a ilegalidade da multa aplicada por não ter sido notificado previamente da sua ocorrência.

Como se vê, toda a discussão gira em torno do Regimento Interno do condomínio e consequências da sua inobservância, restando evidenciada a ilegitimidade da autora para obrigar o apelante à regularização da situação, já que, nos termos do art. 12 do CPC, *verbatim:*

> Art. 12 - Serão representados em juízo, ativa e passivamente:
>
> [...]
>
> IX- o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.

A autora somente teria legitimidade para a presente ação caso fosse a administradora ou síndica do condomínio. Como proprietária da unidade locada, considerando que não se está discutindo nestes autos quebra de contrato, mas sim descumprimento de regulamento interno, não pode litigar como substituta da coletividade.

Ademais, qualquer decisão proferida nestes autos obrigará apenas as partes que integram os polos da ação. Assim, apenas a título exemplificativo, caso provido o recurso do requerido, poderá ainda se ver penalizado, já que o condomínio não integra a lide. Mais ainda, poderá sofrer nova ação de obrigação de fazer, desta vez manejada pelo condomínio legitimado, com o risco de decisão conflitante.

Dito isso, considerando que o que pretende a autora é obrigar o requerido ao cumprimento de normas do condomínio, por evidente que lhe carece legitimidade para a presente ação.

Acerca da legitimidade, requisito indispensável em qualquer demanda ou pleito levado a juízo, são os ensinamentos do ilustre processualista Humberto Theodoro Júnior[2]:

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 71-2.

> Se a lide tem existência própria e é uma situação que justifica o processo, ainda que injurídica seja a pretensão do contendor, e que pode existir em situações que visam mesmo a negar *in totum* a existência de qualquer relação jurídica material, é melhor caracterizar a legitimação para o processo com base nos elementos da lide do que nos do direito debatido em juízo.
>
> Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.

Anote-se que a legitimidade de direito material (legitimidade *ad causam*) revela, em regra, a legitimidade de estar em juízo. Esta dissociação entre a legitimidade *ad causam* e a legitimação *ad processo* somente é quebrada em casos expressos em lei (*v.g.* substituição processual), o que não acontece no caso vertente.

Por isso que se diz que legitimidade processual (ou de agir) é o "*aspecto subjetivo da relação jurídica controvertida*". E é justamente esta que falta à autora, legitimidade para propor a presente demanda.

Veja-se a respeito da legitimidade processual o que ensinam nossos renomados doutrinadores:

> A legitimidade *ad causam* decorre de uma simetria que deve haver entre os titulares da relação jurídica de direito material subjacente à demanda e da relação jurídica de direito processual. Assim, porque A e B celebraram um contrato é que tem legitimidade para estar em juízo, discutindo a respeito da validade desse contrato[3]
>
> Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual coincidente com a situação legitimadora perante o objeto litigioso (toda legitimidade baseia-se em regras de direito material […] fere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida[4]como regra, o pedido de tutela jurisdicional só pode ser formulado por quem se afirme titular do direito litigioso. Apenas o suposto integrante da relação jurídica substancial está autorizado a pleitear em juízo a satisfação de algum interesse por ela regulado. Somente ele é parte legitima.[5]

No que tange à inviabilidade de demandar acerca da tutela de interesse alheio, o mesmo doutrinador esclarece[6]:

> Em regra, a titularidade da ação vincula-se à titularidade do pretendido direito material subjetivo, envolvido da lide.
>
> Assim, "ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei" (art. 6º).
>
> Há, por exceção, portanto, casos em que a parte processual é a pessoa distinta daquela que é parte material do negócio jurídico litigioso.
>
> [...]
>
> De qualquer maneira, não se concebe que a um terceiro seja reconhecido o direito de demandar acerca do direito alheio, senão quando entre ele e o titular do direito exista algum vínculo jurídico especial.

3 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: Processo de conhecimento**.** São Paulo: Saraiva. p. 222. v. 1.

4 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 166

5 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de processo civil interpretado**. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

6 THEODORO JÚNIOR, Humberto, ob. cit., p. 89-90.

Da mesma forma preleciona Moacyr Amaral Santos[7] que:

> Na generalidade dos casos, as partes se apresentam no processo como sujeitos da relação jurídica substancial aí deduzida. Por outras palavras, na generalidade dos casos, as partes defendem, pelo processo, a tutela jurídica de um direito seu: as partes defendem em nome próprio direito próprio.
>
> [...]
>
> O Código de Processo Civil permite expressamente a substituição processual, mas exige que ela tão-somente possa exercer-se quando autorizada por lei. É o que se lê no seu art. 6º: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

Dessa forma, em consonância com os ensinamentos precitados, de ofício, reconheço a ilegitimidade ativa da autora, Izabella Assis Trad, para a presente ação de obrigação de fazer, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Acerca da legitimidade ativa do condomínio para representar os interesses da coletividade, colaciono os seguintes precedentes:

> EMENTA. DIREITO CIVIL, CONSUMERISTA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEFEITOS NA CONSTRUÇÃO DO IMÓVEL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 211/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS SOFRIDOS PELOS CONDÔMINOS. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO CONDOMÍNIO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL.
>
> [...] 3. A legitimidade para atuar como parte no processo, por possuir, em regra, vinculação com o direito material, é conferida, na maioria das vezes, somente aos titulares da relação de direito material. O CPC contém, entretanto, raras exceções nas quais a legitimidade decorre de situação exclusivamente processual (legitimidade extraordinária). Para esses casos, o art. 6º do CPC exige autorização expressa em lei.
>
> 4. Conforme regra prevista nos art. 1.348, II, do CC e 22, § 1º, "a", da Lei n. 4.591/64, o condomínio, representado pelo síndico (art. 12, IX, do CPC), possui legitimidade para promover, em juízo ou fora dele, a defesa dos interesses comuns.
>
> 5. O diploma civil e a Lei n. 4.591/64 não preveem a legitimação extraordinária do condomínio para, representado pelo síndico, atuar como parte processual em demanda que postule a compensação dos danos extrapatrimoniais sofridos pelos condôminos, proprietários de cada fração ideal, o que coaduna com a própria natureza personalíssima do dano extrapatrimonial, que se caracteriza como uma ofensa à honra subjetiva do ser humano, dizendo respeito, portanto, ao foro íntimo do ofendido.
>
> 6. O condomínio é parte ilegítima para pleitear pedido de compensação por danos morais em nome dos condôminos. Precedente da 3ª Turma.

7 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 359. v. 1. Atualizado por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen.

7. Recursos especiais parcialmente conhecidos e nessa parte providos. Sucumbência mantida. (REsp n. 1177862/RJ, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 3.5.2011, DJ de 1.8.2011).

EMENTA. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONDOMÍNIO. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTO PARA CAPTAÇÃO INDIVIDUAL DE ENERGIA SOLAR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDOMÍNIO.DEFESADEINTERESSESCOMUNSDOSCONDÔMINOS.AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLÉIA PARA ACIONAR. IRRELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVA. DESCABIMENTO.

I - O condomínio tem legitimidade para ingressar em juízo visando à defesa de interesses comuns dos condôminos, independentemente de autorização prévia da assembléia geral (CC, art. 1.348, II e V, 1ª parte).

[...] III - A alegação de que a utilização da área comum da cobertura para instalação de equipamento de construção exclusiva de energia solar seria legal foi afastada pelo Acórdão recorrido, à mingua de autorização dos demais condôminos, bem como de expressa previsão no instrumento de constituição do condomínio, não pode ser acolhida, não podendo a conclusão ser revista em âmbito de Especial dada a base fática da alegação, a teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Recurso Especial improvido. (REsp n. 855.809/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 19.8.2010, DJ de 13.9.2010).

EMENTA**:** APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ILEGITIMIDADE ATIVA E NULIDADE DA ATA DA AGO. REJEITADAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRENTE. RETIRADA DE PLACAS DE PUBLICIDADE E DEMAIS EQUIPAMENTOS INSTALADOS DE MODO INADEQUADO NA MARQUISE DO EDIFÍCIO. ILEGITIMIDADE E NULIDADE DA AGO. O autor encontra-se regularmente representado nos autos, conforme os documentos, os quais demonstram a correta eleição da síndica e, por conseguinte, os atos posteriormente deliberados. Ata da AGO que vem ratificada pela assinatura dos condôminos presentes na assembléia. 2.CERCEAMENTO DE DEFESA. Afasta-se o cerceamento de defesa quando a prova constante no feito, mostra-se suficiente para o deslinde da controvérsia. Art. 130 do CPC. Precedentes jurisprudenciais. 3. OBRIGAÇÃO DE FAZER. A prova trazida no feito revela a existência de cargas acidentais na marquise do prédio, impondo-se a requerida a obrigação de fazer para retirada das placas de publicidade e os demais equipamentos instalados de modo inadequados, seguindo nova e correta metodologia. Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, AC n. 70033619453, Vigésima Câmara Cível, Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, julgado em 20.10.2010).

Por fim, destaco que os direitos da autora e do requerido da presente demanda não se opõem, uma vez que, pelo contrato de locação, houve sub-rogação de tais. Porém, caso a autora tenha sido prejudicada pelas atitudes do apelante, poderá dele haver os prejuízos.

Ex positis, diante do reconhecimento de ofício da ilegitimidade ativa da autora, extinguindo o feito, sem análise do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da ré, fixados em R$ 2.500,00, tendo em vista a natureza da causa e o trabalho desenvolvido pelo procurador que atuou no feito, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM, *EX OFFICIO,* EXTINTO O FEITO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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, Oswaldo Rodrigues de Melo e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 18 de outubro de 2011.

***

Órgão Especial
Agravo Regimental em Precatório n. 2006.013391-2/0001-00 - Anaurilândia
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM PRECATÓRIO DE REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO – PEDIDO DE PREVALÊNCIA DO ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES – IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DAS REGRAS INSERTAS NA EC N. 62/09 – RECURSO IMPROVIDO.

Aplicam-se aos acordos firmados anteriormente à Emenda Constitucional n. 62/09 as regras do regime especial de precatórios, conforme dispõe o § 15º do art. 97 do ADCT.

Se o ente devedor aderiu ao regime especial de precatórios e vem depositando mensalmente os valores para quitar seus débitos, não há razão para sujeitá-lo ao imediato pagamento, devendo o titular do crédito aguardar a ordem cronológica dos precatórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, negar provimento ao regimental, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, a 4ª Vogal.

Campo Grande, 23 de novembro de 2011.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Carlos Alberto Cardoso Costa e Cia Ltda., não se conformando com a decisão (f. 223-5) que indeferiu o pedido para que o ente municipal procedesse ao pagamento das parcelas em atraso, interpõe agravo regimental, sustentando, em síntese, que, malgrado o agravado tenha aderido ao regime especial, deve depositar o valor das parcelas vencidas do acordo celebrado entre as partes, uma vez que a avença foi firmada antes da vigência da EC n. 62/09 e devidamente homologado pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça. Pugna, ainda, pelo prequestionamento do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Ao final, pede o provimento do recurso para determinar a intimação do ente municipal, a fim de efetuar o depósito judicial das parcelas em atraso, excluindo-se do presente caso as diretrizes da Emenda Constitucional n. 62/2009.

VOTO (EM 9.11.2011)

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Carlos Alberto Cardoso Costa e Cia Ltda. contra a decisão que indeferiu o pedido de intimação do ente municipal para pagamento das parcelas em atraso do acordo firmado entre as partes.

A decisão objurgada ficou assim vazada:

> Aduz o requerente que, em 26.2.2009, firmou acordo de parcelamento do crédito inscrito neste precatório, sendo que tal acordo foi homologado pela Vice-Presidência deste Tribunal de Justiça e diante da inadimplência do Município requer (f. 166-7) a intimação do ente devedor.
>
> O Município de Anaurilândia, através do Decreto n. 688, de 6 de março de 2010, optou pelo regime especial (ADCT, art. 97, §§ 1º e 2º, I) para pagamento de seus precatórios. Nessa modalidade, o percentual a ser depositado em conta especial, administrada pelo Tribunal de Justiça, corresponderá, ao percentual de 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento.
>
> Constata-se, através do Procedimento (n. 2011.007163-2) aberto para fins de controle de depósitos que o ente devedor vem efetuando os depósitos na forma a que se comprometeu.
>
> Registre-se, inicialmente, que a transação celebrada entre a requerente Carlos Alberto Cardoso Costa e Cia Ltda. e o Município de Anaurilândia, foi homologada (f. 67), sem nenhuma ressalva, pelo então Vice-Presidente.
>
> Sucede, todavia, que o Vice-Presidente em exercício entende que a homologação da transação, retratada em precatório, não pode prejudicar a ordem cronológica de apresentação dos precatórios e, muito menos, o pagamento dos débitos de natureza alimentícia cujos titulares são idosos ou portadores de doença grave.
>
> A Constituição Federal[1] determina, expressamente, que os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas em virtude de sentenças judiciais deverão ser efetuados com rigorosa observância da ordem cronológica de apresentação dos precatórios.
>
> Determina, também, o pagamento prioritário dos débitos de natureza alimentícia cujos titulares tiverem sessenta anos de idade, ou mais, na data de expedição do precatório ou na data da promulgação da EC n. 62/2009, ou que sejam portadoras de doença grave, até o valor equivalente ao triplo do fixado para a obrigação de pequeno valor.
>
> Desta forma, é impositivo o entendimento de que acordos firmados entre credores e devedores de precatórios não podem contrariar a Constituição Federal e, muito menos, têm o condão de infirmar a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais.
>
> Conforme o próprio Município menciona em sua petição (f. 187-8), em razão da opção pelo regime especial, os valores a que se comprometeu estão sendo depositados mensalmente para quitação dos precatórios na ordem cronológica de apresentação.
>
> Registre-se, por oportuno, que não há que se falar em descumprimento do acordo e nem mesmo em responsabilidade por parte do Município de Anaurilândia, porque, enquanto estiver cumprindo, rigorosamente, com a obrigação assumida em razão da opção pelo regime especial previsto na EC n. 62.

1 Art. 100 da Constituição Federal

> Posto isso, indefiro o pedido (f. 166-7) formulado pelo requerente e determino que aguarde-se a ordem cronológica de pagamento, nos termos do § 2º do art. 100 da Constituição Federal. (f. 223-5)

A agravante verbera que "*o acordo de f. 65-6, firmado pelas partes, foi homologado pelo Poder Judiciário, em 2 de março de 2009, tornando-se, a partir de então, um 'ato jurídico perfeito', insuscetível de ser atingido, conforme preceitua o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, por norma constitucional posterior, no caso, a Emenda Constitucional n. 62/2009, promulgada em data posterior à celebração do acordo*". (*Sic* f. 5).

Não assiste razão à agravante.

No que se refere ao pedido de intimação do ente municipal para pagamento das parcelas em atraso do acordo firmado entre as partes, a decisão guerreada não merece reparos.

Não obstante o acordo em questão tenha sido celebrado anteriormente à Emenda Constitucional n. 62/09, fato é que as alterações por ela introduzidas no texto da Lei Magna são aplicáveis ao caso *sub examine*.

Isso porque o § 15º do art. 97 do ADCT prescreve que o saldo dos acordos judiciais e extrajudiciais ingressará no regime especial com o valor atualizado das parcelas não pagas relativas a cada precatório. Confira-se:

> § 15. Os precatórios parcelados na forma do art. 33 ou do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e ainda pendentes de pagamento ingressarão no regime especial com o valor atualizado das parcelas não pagas relativas a cada precatório, bem como o saldo dos acordos judiciais e extrajudiciais.

Por sua vez, o art. 97, *caput*, do ADCT estabelece que o advento da EC n. 62/09 não trará "*prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional*", o que não é o caso dos autos, visto que o acordo em análise não foi homologado pelo Juízo Conciliatório instituído por este Tribunal de Justiça.

Assim, a homologação do referido acordo pela Vice-Presidência não supre o requisito constitucional, razão pela qual se submete ele às disposições do regime especial de precatórios instituído pela Emenda Constitucional n. 62, de 9 de dezembro de 2009.

Sobre o tema já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> O art. 97 do ADCT, ao delinear o seu espectro de incidência, é claro ao consignar a mora na quitação dos precatórios vencidos [...], deixando evidenciado que os precatórios vencidos e não pagos ou pagos parcialmente na data da edição da Emenda Constitucional n. 62/2009 estão incluídos na nova sistemática. (MS n. 32592/PB, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19.5.2011, DJ de 26.5.2011).

Com efeito, vale consignar que o recorrido aderiu ao regime especial de pagamento de precatórios, optando pela modalidade prevista no art. 97, § 1º, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que assim dispõe:

> Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15º do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante

> o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional.
>
> § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo:
>
> I - pelo depósito em conta especial do valor referido pelo § 2º deste artigo;
>
> [...]

Desta forma, se o ente estatal aderiu ao regime especial de precatórios, por meio do Decreto Municipal n. 688, de 6 de março de 2010, e vem depositando mensalmente os valores para quitar os seus débitos, não há razão para sujeitá-lo ao imediato pagamento, notadamente porque, para o recebimento do crédito, o recorrente deve aguardar a rigorosa ordem cronológica dos precatórios, inclusive dos créditos alimentares cujos titulares sejam idosos ou portadores de doença grave, por terem preferência de pagamento, conforme dispõe o art. 100, § 2º, da CF.

Por outro lado, no que tange ao prequestionamento, o Superior Tribunal de Justiça entende ser desnecessária a manifestação expressa no acórdão sobre dispositivos legais. Veja-se:

> Tendo o Tribunal *a quo* discutido a matéria objeto do recurso especial, prescindível a citação expressa dos dispositivos legais, a fim de atender-se o requisito do prequestionamento. Precedente da Corte Especial (STJ, ED no AgReg no Ag (EDAGA) n. 148778/97, GO, RIP: 36586, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 5.2.1998, DJU de 4.5.1998, p. 162).
>
> O julgador não precisa responder, um a um, todos os pontos apresentados. Não há necessidade, outrossim, de expressa menção a todos os dispositivos legais invocados pelas partes. Importa é que todas as questões relevantes sejam apreciadas. (STJ, REsp n. 844.778/SP, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 8.3.2007, DJ n. 26.3.2007, p. 240).
>
> Diverso não é o posicionamento deste Areópago, *in verbis*:
>
> Não cabem os embargos declaratórios com o fim único e exclusivo de prequestionamento, tampouco para rediscussão de matéria julgada, devendo se observar rigorosamente os requisitos exigidos no art. 535, I e II do CPC. (TJMS, ED em AgReg em AC n. 2008.008968-4/0001-01, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 11.5.2009, Unânime).
>
> Os embargos de declaração não se prestam ao prequestionamento de eventual violação legal, mormente quando nem sequer foi anteriormente suscitada. (TJMS, ED em Ag n. 2009.007553-0/0001-00, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 7.5.2009, Unânime).
>
> A ausência de menção expressa sobre determinado dispositivo legal não caracteriza omissão alguma no julgado a ser solucionada em sede de embargos declaratórios, mormente quando houve apreciação de toda matéria articulada no recurso. (TJMS, ED em AC n. 2009.003800-6/0001-00, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 5.5.2009, Unânime).

> A especificação dos dispositivos legais que embasam a decisão judicial não é requisito essencial da sentença ou do acórdão, pois, ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se as matérias foram apreciadas e julgadas em sua inteireza. (TJMS, ED em AgReg em Ag n. 2008.034106-5/0002-01, Campo Grande, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 5.5.2009, Unânime).

No mesmo pórtico, o jurista Nelson Nery Júnior, em abalizada doutrina, pontifica:

> 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 preqüestionada. 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 -** Embargos de Declaração Prequestionadores. São Paulo: RT, 2001. p. 859).

Destarte, as razões invocadas neste regimental de modo algum me animam a rever o entendimento externado na decisão guerreada, valendo-me dos mesmos argumentos nela contidos para mantê-la integralmente.

Ante o exposto, por não ter o recorrente apontado novos fatos e fundamentos jurídicos que justifiquem a alteração do *decisum*, nego provimento ao regimental.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão do dia 23.11.2011 em face do pedido de vista do Des. Lós, após o relator negar provimento ao regimental. Os demais aguardam.

VOTO (EM 23.11.2011)

O Sr. Des. João Maria Lós (1º Vogal)

Divirjo do e. Relator.

No dia 9 de dezembro de 2009, foi publicada a Emenda Constitucional n. 62/2009, que alterou o artigo 100 da Constituição Federal para modificar a sistemática dos precatórios, instituindo regime especial e transitório de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, que poderão quitar suas dívidas em até 15 anos, e impediu o processamento dos pedidos de pedidos de intervenção e sequestro de rendimentos das Fazendas Públicas devedoras até então em tramitação no Poder Judiciário, levando à resolução terminativa dos processos em andamento.

E para assegurar a aplicabilidade imediata das regras inseridas pela alteração do mencionado artigo 100, a Emenda Constitucional n. 62/2009 acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o artigo 97, a fim de regulamentar a forma de pagamento dos precatórios, até que seja aprovada lei complementar disciplinando a matéria.

De acordo com o dispositivo inserido no ADCT, o novo regramento instituído incide tanto para os precatórios a vencer quanto para aqueles vencidos, a saber:

> Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15º do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante

> o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional. (Destaquei)

Como se vê, a parte final do artigo 97 do ADCT põe a salvo os acordos já formalizados na data de promulgação da EC n. 62/2009, como ocorre na hipótese dos autos.

Ainda que assim não se entenda, ao estender a aplicação das novas regras aos precatórios vencidos antes de sua vigência e aos acordos já formalizados, a Emenda Constitucional n. 62/2009 acaba por prejudicar o direito adquirido dos credores de receberem seus créditos com a forma e o prazo até então estabelecidos pela Constituição Federal ou pelo acordo formulado.

Logo, é evidente que a Emenda Constitucional n. 62/2009 não pode ser aplicada aos precatórios que já haviam sido requisitados quando da sua entrada em vigor. De igual modo, não pode ser aplicada aos acordos que já tinham sido formalizados na data de promulgação da referida Emenda.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de caso análogo pelo Tribunal Pleno no dia 25.11.2010, da Medida Cautelar em Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADIn n. 2356 MC –, relatoria do Ministro Néri Silveira, acordaram que o artigo 2º da Emenda Constitucional n. 30/2000, que havia introduzido o art. 78 no ADCT da Constituição Federal de 1988, ao estender sua aplicação aos precatórios pendentes de pagamento na data de sua publicação (31.12.1999), violou o princípio da igualdade, o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, atentando, ainda, contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada e, por essas razões, deferiram a cautelar para suspender a eficácia do art. 2º da referida Emenda Constitucional n. 30/2000.

O Acórdão restou assim ementado pelo Ministro Ayres Britto, a saber:

> MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 30, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000, QUE ACRESCENTOU O ART. 78 AO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. PARCELAMENTO DA LIQUIDAÇÃO DE PRECATÓRIOS PELA FAZENDA PÚBLICA. 1. O precatório de que trata o artigo 100 da Constituição consiste em prerrogativa processual do Poder Público. Possibilidade de pagar os seus débitos não à vista, mas num prazo que se estende até dezoito meses. Prerrogativa compensada, no entanto, pelo rigor dispensado aos responsáveis pelo cumprimento das ordens judiciais, cujo desrespeito constitui, primeiro, pressuposto de intervenção federal (inciso VI do art. 34 e inciso V do art. 35, da CF) e, segundo, crime de responsabilidade (inciso VII do art. 85 da CF). 2. O sistema de precatórios é garantia constitucional do cumprimento de decisão judicial contra a Fazenda Pública, que se define em regras de natureza processual conducentes à efetividade da sentença condenatória transitada em julgado por quantia certa contra entidades de direito público. Além de homenagear o direito de propriedade (inciso XXII do art. 5º da CF), prestigia o acesso à jurisdição e a coisa julgada (incisos XXXV e XXXVI do art. 5º da CF). 3. A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de originário) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validez e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. 4. O art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 30/2000, ao admitir a liquidação "em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos" dos "precatórios pendentes na data

> de promulgação" da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois afronta "a separação dos Poderes" e "os direitos e garantias individuais". 5. Quanto aos precatórios "que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999", sua liquidação parcelada não se compatibiliza com o *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Não respeita o princípio da igualdade a admissão de que um certo número de precatórios, oriundos de ações ajuizadas até 31.12.1999, fique sujeito ao regime especial do art. 78 do ADCT, com o pagamento a ser efetuado em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, enquanto os demais créditos sejam beneficiados com o tratamento mais favorável do § 1º do art. 100 da Constituição. 6. Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 2º da Emenda Constitucional n. 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição de 1988. (ADIn n. 2356 MC, iPleno, Rel. Min. Néri da Silveira, Rel. p/Acórdão Min. Ayres Britto, julgado em 25.11.2010, DJ de 19.5.2011) - destaquei.

Logo, com razão a agravante quando afirma, às f. 5, que *"o acordo de f. 65-6, firmado pelas partes, foi homologado pelo Poder Judiciário, em 2 de março de 2009, tornando-se, a partir de então, um ato jurídico perfeito, insuscetível de ser atingido, conforme preceitua o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, por uma norma constitucional posterior, no caso, a Emenda Constitucional n. 62/2009, promulgada em data posterior à celebração do acordo"*.

Por tais razões, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de deferir o pedido formulado pelo agravante às f. 166-7 dos autos em apenso, determinando a intimação do agravado para que efetue o pagamento das parcelas do acordo homologado nestes autos, vencidas desde março de 2010, sob pena de caracterização de crime de desobediência.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (2º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (3º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (5º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (6º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (7º Vogal)

Com a devida vênia, ouso divergir.

O artigo 97 do ADCT instituiu regime especial de pagamento dos precatórios, contudo é objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal (ADIn 4387, 4357 e 4400), por estar revestido, à primeira vista, de manifesta inconstitucionalidade, ante o desrespeito, dentre outros, aos seguintes princípios constitucionais:

> A) razoável duração do processo (art. 5º, LXXXVIII), uma vez que não basta que o processo seja pautado por razões de celeridade se a decisão que dele emanar restar, em seu cumprimento, inefetiva, diante da possibilidade de mora pelo Poder Público;
>
> B) acesso à justiça (art. 5.º, XXXV), porquanto vulnera, diretamente, o acesso à jurisdição ao permitir que o Estado postergue por um grande período de tempo o cumprimento das decisões judiciais;
>
> C) direito adquirido e o ato jurídico perfeito (art. 5º XXXXVI), pois diversos credores com créditos vencidos à época da entrada em vigor da referida emenda já haviam adquirido o direito de parcelamento no prazo máximo de 10 anos.

Acredito que não seja o melhor caminho, admitir que os Estados, Distrito Federal e os Municípios possam, simplesmente, esquivar-se dos valores já orçados ou mesmo dos acordos firmados e que já estavam sendo pagos, sob o pretexto de terem optado pelo regime especial, inserido na Emenda n. 62/09.

Como visto, trata-se de uma questão temporal, na qual deve prevalecer a regra da intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas (art. 5º, XXXVI, da CF), uma vez que, enquanto o regime anterior esteve vigente, produziu efeitos concretos.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 7.7.2010, declarou a inconstitucionalidade da EC n. 62/09, consoante ressaltado no julgamento do Mandado de Segurança n. 994.09.220765-3, de relatoria do Des. José Reynaldo. Vejamos:

> Em remate, vale salientar que o C. Órgão Especial em sessão de 7 de julho de 2010, por maioria, houve por bem julgar inconstitucional a Emenda Constitucional n. 62/2009 para pôr a salvo do regime desta nova moratória os precatórios expedidos antes de sua promulgação, de molde a dar-lhes cumprimento de acordo com o direito, aplicando a cláusula pétrea do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal que estabelece a intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada pela lei nova, ainda que decorra de emenda à própria Constituição. (grifo nosso)

Por fim, cabe destacar o voto proferido pelo Ministro Ayres Britto (relator), no julgamento da ADIn 4357, em 16.10.2011, que teve a sua conclusão adiada em razão de pedido de vista do Min. Luiz Fux. O preclaro relator assinalou, dentre outros argumentos, que a Emenda n. 62/09 seria inconstitucional por não ter respeitado o § 2º do artigo 60 da Constituição Federal (vício formal).

Acrescentou, ainda, que, superado o vício acima, todo o artigo 97 do ADCT, que institui o regime especial de pagamento, seria inconstitucional, por ferir o princípio da moralidade administrativa, inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal (vício material), já que confere à entidade pública devedora a possibilidade de depositar, como recurso destinado ao pagamento, apenas um pequeno percentual da receita corrente líquida, aumentando, cada vez mais, a fila dos precatórios.

Destarte, as razões expendidas no voto do relator não me convencem a modificar o posicionamento até agora defendido, razão pela qual dou provimento ao recurso, a fim de determinar ao agravado que realize o depósito das parcelas em atraso, sob pena de sequestro.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (8º Vogal)

Também entendo que não se aplica; regra do *pacta sunt servanda.*

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (9º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (10º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (11º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (12º Vogal)

Dou provimento, com o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A 4ª VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Sideni Soncini Pimentel, Fernando Mauro Moreira Marinho, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 23 de novembro de 2011.

***

Órgão Especial
Agravo Regimental em Precatório n. 2008.008656-1/0001-00 - Campo Grande
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM PRECATÓRIO DE REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO – RECURSO QUE BUSCA A REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – PAGAMENTO PREFERENCIAL DO ART. 100, § 2º, DA CF – REPETIÇÃO DE PEDIDO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Se o credor já recebeu o valor referente ao pagamento preferencial, não pode repetir o pedido nos mesmos autos, devendo o restante de seu crédito aguardar a rígida ordem cronológica de apresentação do precatório, conforme dispõe o § 2º do art. 100 da Constituição Federal.

Mantém-se a decisão proferida, se não demonstrado fato novo que pudesse ensejar a modificação do entendimento externado no *decisum* guerreado.

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, negar provimento ao regimental.

Campo Grande, 5 de outubro de 2011.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Ruy Sant'Anna dos Santos, não se conformando com a decisão (f. 359-61) que indeferiu pedido de pagamento preferencial, interpõe agravo regimental, sustentando, em síntese, que, conquanto já tenha recebido neste precatório crédito preferencial em razão da idade sexagenária, com base no § 2º do art. 100 da CF, não fica impedido de formular novo requerimento de preferência, uma vez que o presente pleito é fundado no fato de o crédito ter natureza alimentar e no princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual deveria ser novamente concedido o pagamento preferencial.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, determinando-se o pagamento prioritário do crédito.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Ruy Sant'Anna dos Santos contra a decisão que, pelo fato de a preferência do § 2º do art. 100 da CF já ter sido concedida neste precatório, indeferiu o pagamento prioritário do crédito.

A decisão objurgada está assim vazada:

> Ruy Sant`Anna dos Santos, qualificado nos autos, requer (f. 312-9) o pagamento de seu crédito neste requisitório alegando que possui mais de 65 anos e o crédito possui natureza alimentar, o que lhe assegura prioridade.
>
> O credor requer o pagamento prioritário com fundamento na Emenda Constitucional n. 62/09, eis que conta com mais de 60 (sessenta) anos de idade, preenchendo os requisitos exigidos no artigo 100, § 2°, da Constituição Federal.
>
> Entrementes, observa-se que, nestes autos de Precatório de Requisição de Pagamento o requerente obteve (f. 254-5) o pagamento prioritário, com fundamento no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal.
>
> Com efeito, tem-se que tanto o pedido supracitado quanto o formulado nos presentes autos estão sob a égide da Emenda Constitucional n. 62/09 e, ainda, sob o mesmo fundamento: idade maior que 60 (sessenta) anos, bem assim diante do mesmo ente devedor.
>
> Dispõe o art. 100, § 2º, da Constituição da República:
>
> Art. 100. [...]
>
> § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Destaquei).
>
> O art. 10 da Resolução n. 115 do Conselho Nacional de Justiça dispõe:
>
> O pagamento preferencial previsto no § 2º do art.100 da CF será efetuado por credor e não importará em ordem de pagamento imediato, mas apenas em ordem de preferência. (Destaquei).
>
> Nota-se que o pagamento preferencial é efetuado por credor, tratando-se de prerrogativa personalíssima, e não por crédito, não existindo autorização expressa para conceder mais de um pagamento preferencial ao credor em se tratando das mesmas razões e diante da mesma Fazenda Pública devedora
>
> Outro não foi o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo que, através da Ordem de Serviço n. 03/2010 em 23.12.2010, disciplinando o procedimento a ser observado nos precatórios, estabeleceu, no item 10.4, que o pagamento preferencial nos casos de idosos ou portadores de doença grave será efetuado uma única vez:
>
> A preferência dos créditos alimentares operará efeito junto aos precatórios do mesmo exercício anual, ao passo que a preferência dos idosos e dos portadores de doença grave envolve o período integral da mora, e neste caso o benefício poderá ser usufruído uma única vez, por Unidade Pública Devedora. (Destaquei).
>
> Destarte, é indubitável que o pedido de pagamento prioritário efetuado (f. 312-9) pelo credor nada mais é que repetição do pedido realizado nestes autos, o que já foi concedido (f.254-5), e por essa razão não pode ser acolhido no presente feito.
>
> Assim, em razão destas considerações, indefiro o pedido formulado por Ruy Sant`Anna dos Santos. (f. 359-61).

As razões invocadas neste regimental de modo algum me animam a rever o entendimento externado na decisão guerreada, valendo-me dos mesmos argumentos nela contidos para mantê-la integralmente.

Com efeito, em 30 de junho de 2010, o agravante obteve o deferimento do pedido de pagamento preferencial em razão de possuir mais de 60 anos de idade, no valor correspondente ao triplo do fixado em lei como obrigação de pequeno valor, é o que se vê da decisão de f. 254-5.

Sobreleva anotar que, em 7 de julho de 2011, data da emissão da guia de levantamento do crédito preferencial (f. 364), o agravante recebeu a quantia de R$ 24.550,05, referente ao mencionado benefício constitucional.

Posteriormente, em 16 de maio de 2011, o recorrente repetiu o pedido de preferência de pagamento (f. 312-9), *"em razão do estado de total miséria em que vive (sobrevive) atualmente"* (*sic*, f. 4), o que, forte no princípio da dignidade da pessoa humana, dar-lhe-ia o direito de receber o restante de seu crédito.

Como é cediço, o pagamento preferencial de crédito de natureza alimentar tem supedâneo no § 2º do art. 100 da Lei Fundamental, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional n. 62/09, que assim dispõe:

> § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

Ora, o recorrente já recebeu, neste requisitório de pagamento, a quantia relativa ao pagamento preferencial, razão pela qual o restante de seu crédito deve aguardar a rígida ordem cronológica de apresentação do precatório, conforme preleciona o dispositivo constitucional assaz transcrito.

Assim, não obstante o agravante valha-se do princípio da dignidade da pessoa humana para recebimento do restante de seu crédito, certo é que a insurgência recursal não encontra respaldo na norma constitucional, porquanto não há preceptivo que autorize o deferimento do pagamento preferencial a um credor já contemplado pelo referido benefício em um mesmo precatório, razão pela qual a manutenção da decisão fustigada é medida que se impõe.

Ante o exposto, por não ter o recorrente apontado novos fatos e fundamentos jurídicos que justifiquem a alteração do *decisum*, nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, Oswaldo Rodrigues de Melo, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, Julizar Barbosa Trindade e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 5 de outubro de 2011.

***

Órgão Especial
Agravo Regimental em Petição n. 2011.016596-0/0001-00 - Três Lagoas
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – *QUERELLA NULLITATIS* — ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL — MATÉRIA DE MÉRITO — DESCABIMENTO — RECURSO IMPROVIDO.

Incabível perante este Tribunal de Justiça a propositura de ação desconstitutiva de acórdão proferido por Turma Recursal em feito que tramitou perante Juizado 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, negar provimento ao regimental.

Campo Grande, 5 de outubro de 2011.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Aníbal da Silva, qualificado nos autos, interpôs agravo regimental contra decisão de f. 409-13, que indeferiu a petição inicial da ação declaratória de inexistência de atos jurisdicionais que intentara.

Sustenta o agravante que: a) o Tribunal de Justiça tem competência para julgar ações rescisórias ou com objeto de desconstituição de decisões dos juizados especiais; b) os vícios alegados são matérias de ordem pública, de modo que podem ser apreciados a qualquer tempo; c) deve ser anulado o acórdão proferido pela 1ª Turma Recursal Mista (Autos n. 2009.802021-0), visto que foram levadas em consideração para sua prolação provas proferidas em ação ordinária, além do que o recurso interposto era intempestivo; d) o acórdão da 1ª Turma Recursal não pode ser cumprido enquanto não houver o julgamento do agravo de instrumento em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos da Ação Anulatória n. 0001973-73.2007.8.12.0021.

Pleiteia, portanto, a reconsideração da referida decisão, a fim de que o agravante seja mantido na posse do imóvel até o julgamento pelo STJ do recurso interposto na ação anulatória que tramita perante a 4ª Vara Cível de Três Lagoas-MS (Autos n. 0001973-73.2007.8.12.0021), suspendendo o curso do Cumprimento de Sentença n. 0000669-12.2011.8.12.0114, bem como seja anulado o acórdão proferido pela 1ª Turma Recursal (Autos n. 2009.802021-0) e, caso assim não entenda, requer que submeta sua apreciação ao órgão colegiado.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida pela Vice-Presidência deste Tribunal que indeferiu a petição inicial da ação declaratória de inexistência de atos jurisdicionais que intentara (f. 409-13).

Pleiteia a reconsideração da decisão argumentando que o Tribunal de Justiça é competente para apreciar ações rescisórias contra decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais, e que os vícios alegados são matéria de ordem pública, podendo ser anulados a qualquer tempo.

Todavia, o Regimento Interno deste Tribunal de Justiça veda expressamente a propositura de ação rescisória contra decisões proferidas em feitos de competência dos Juizados Especiais Cíveis. Veja-se:

> **Art. 549.** Caberá ação rescisória de decisão de mérito transitada em julgado, proferida em matéria cível por juiz de primeiro grau, ou por órgão jurisdicional, singular ou colegiado, do Tribunal, nas previsões do art. 485 do Código de Processo Civil.
>
> [...]
>
> **§ 2º Não cabe ação rescisória, entre outros casos:**
>
> [...]
>
> **VIII - contra decisão proferida em feitos de competência dos Juizados Especiais Cíveis (Pequenas Causas)**. (grifo nosso)

Ademais, o art. 90, parágrafo único, da Lei Estadual n. 1.511/94 (Código de Organização e Divisão Judiciárias) dispõe que "*das decisões proferidas pelos Juizados Especiais ou suas Turmas Recursais não caberão recursos para o Tribunal de Justiça, mandado de segurança ou habeas corpus.*"

Do mesmo modo, incabível a presente ação, visto que também tem por objeto a anulação de decisão proferida em feito que tramitou perante Juizado Especial.

No que diz respeito à tempestividade do recurso inominado interposto contra a sentença proferida pelo juízo do Juizado Especial Cível da Comarca de Três Lagoas-MS, não se trata de comprovada e evidente intempestividade, e, sim, de questão controvertida devidamente apreciada e decidida naqueles autos (f. 144-68).

Pelas mesmas razões, os fundamentos do acórdão proferido pela Turma Recursal também não são impugnáveis por meio de ação de *querella nullitatis,* haja vista ser matéria essencialmente de mérito.

Por fim, cumpre adscrever que a presente ação também não é o meio adequado para pleitear a suspensão do Cumprimento de Sentença n. 0000669-12.2011.8.12.0114. Referida pretensão deve ser endereçada ao juízo em que tramita aquela ação ou ao juízo em que se encontra o recurso de agravo de instrumento que está pendente de julgamento (Superior Tribunal de Justiça).

Portanto, nada tendo a acrescentar aos termos da decisão objurgada, nego provimento ao presente agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, Oswaldo Rodrigues de Melo, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, Julizar Barbosa Trindade e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 5 de outubro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.001051-7 - Campo Grande
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL – CONTRATO DE LOCAÇÃO – FIADOR – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO ÚNICO IMÓVEL PERTECENTE AOS FIADORES QUE LHE SERVE DE RESIDÊNCIA, CONSTITUINDO BEM DE FAMÍLIA – IRRELEVÂNCIA – POSSIBILIDADE DE PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DECORRENTE DE FIANÇA CONCEDIDA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO – EXCEÇÃO LEGALMENTE PREVISTA – ART. 3°, INCISO VII, DA LEI N. 8.009/90 – RECURSO PROVIDO.

Possibilidade de que a constrição recaia sobre bem imóvel de quem presta fiança locatícia, mesmo que não possua outros da mesma natureza e lhe sirva de moradia. Incidência do art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90, com a alteração procedida pelo art. 82 da Lei n. 8.245/91. Precedentes do STJ e do STF.

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, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 25 de outubro de 2011.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Elias Youssef Saliba apela da sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedentes os embargos à execução interpostos pelos ora apelados, e declarou a impenhorabilidade do bem realizada nos autos da executiva. Atento ao princípio da sucumbência, condenou o ora apelante ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Inconformado, interpôs recurso de apelação (f. 57-61), aduzindo preliminarmente violação dos artigos 131 e 333, inciso I, ambos do Código de Processo Civil, pois, por se tratar de matéria de fato, acredita que os apelados deveriam comprovar que não possuem outro imóvel além do que foi penhorado, bem como que nele efetivamente residem; e no mérito, assevera que existe a possibilidade de penhora de imóvel residencial do fiador em contrato de locação, e que a sentença violou o art. 3°, inciso VII, da Lei n. 8.009/90, e ainda requer a inversão do ônus da sucumbência.

Em sede de contrarrazões (f. 62-72), os apelados requerem o improvimento do recurso.

VOTO (EM 18.10.2011)

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Elias Youssef Saliba apela da sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedentes os embargos à execução interpostos pelos ora apelados, e declarou a impenhorabilidade do bem realizada nos autos da executiva. Atento ao princípio da sucumbência, condenou o ora apelante ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Inconformado, interpôs recurso de apelação (f. 57-61), aduzindo preliminarmente violação dos artigos 131 e 333, inciso I, ambos do Código de Processo Civil, pois, por se tratar de matéria de fato, acredita que os apelados deveriam comprovar que não possuem outro imóvel além do que foi penhorado, bem como que nele efetivamente residem; e no mérito, assevera que existe a possibilidade de penhora de imóvel residencial do fiador em contrato de locação, e que a sentença violou o art. 3°, inciso VII, da Lei n. 8.009/90, e ainda requer a inversão do ônus da sucumbência.

Em sede de contrarrazões (f. 62-72), os apelados requerem o improvimento do recurso.

Passo à análise do recurso.

Nos termos do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/90, com a alteração procedida pelo art. 82 da Lei n. 8.245/91, o imóvel, "*ainda que seja o único que possua o executado e sirva de moradia da entidade familiar*", é penhorável quando se tratar de contrato de fiança locatícia.

Neste sentido:

> EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE DEVEDOR. LOCAÇÃO. FIANÇA. BEM DE FAMÍLIA. PENHORABILIDADE. FALÊNCIA DA LOCATÁRIA. Embora anteriormente defendida a tese da impenhorabilidade do bem de família, privilegiada a norma constitucional que resguarda a moradia sobre a lei infraconstitucional que excepcionou o imóvel residencial do fiador, fazendo prevalecer o valor moradia sobre o direito de crédito, adota-se o entendimento do 8º Grupo Cível do Tribunal de Justiça e do colendo STJ, que entende penhorável o bem do fiador. (TJRS, AC n.70007884976, Décima Sexta Câmara Cível, Relª. Desª. Helena Ruppenthal Cunha, julgado em 17.3.2004).
>
> [...] PENHORABILIDADE DO IMÓVEL DO FIADOR. O entendimento da Câmara, hoje, é pela penhorabilidade do imóvel do fiador quando o contrato foi celebrado após a vigência da Lei n. 8.245/91, cujo art. 82 modificou a Lei n. 8.009/90, introduzindo ao art. 3º a exceção contida no inciso VII, que prevê a penhora do imóvel quando a obrigação decorre de fiança prestada em contrato de locação. Apelação provida. (TJRS, AC n. 70007899198, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Augusto Monte Lopes, julgado em 3.3.2004).

No mesmo sentido é o entendimento da Corte Superior:

> PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. FIADOR. BEM FAMILIAR. LEI N. 8.009/90. PENHORA. POSSIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 8.245/91. - A nova Lei do Inquilinato restringiu o alcance do regime de impenhorabilidade dos bens patrimoniais residenciais consagrado no bojo da Lei n. 8.009/90, considerando passível de constrição judicial o bem familiar dado em garantia por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato locatício. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 249787/SE, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 15.3.2001) - Destaquei.

Merece relevo o fato de que o Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 8.2.2006, ao apreciar o Recurso Extraordinário n. 407688, por maioria de sete (7) votos a três (3), julgou no sentido de que: "*O único imóvel (bem de família) de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de aluguel pode ser penhorado, em caso de inadimplência do locatário*".

Portanto, ainda que o imóvel em questão seja o único pertencente aos apelados Hugo Sérgio Siqueira e Maria Eduarda Teixeira Barros Borges e sirva para sua residência e de sua família, tal circunstância não impede sua constrição.

Via de consequência, mostrava-se desnecessária a especificação de provas, com o fito de comprovar que se tratava de bem de família, visto que, nos termos do art. 3°, inciso VII, da Lei n. 8.009/90, é possível a penhora do bem de família como garantia de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Tendo em vista a reforma da sentença, inverto o ônus da sucumbência e condeno os apelados ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais), atendendo aos parâmetros do art. 20, § 4°, do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conheço e dou provimento ao recurso interposto por Elias Youssef Saliba, a fim de determinar a possibilidade da penhora, por ser decorrente de fiança prestada em contrato de locação.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DA REVISORA, APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 25.10.2011)

A Srª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges (Revisora)

Pedi vista dos autos em razão da dúvida relativa à duração do contrato de locação – que foi celebrado pelo prazo de um ano (1.12.1998 a 30.11.1999) – no intuito de aferir a extensão da responsabilidade dos fiadores. Pois bem.

O fundamento utilizado pelo D. Relator para dar provimento ao recurso de apelação interposto pelo apelante foi o de que *"Nos termos do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/90, com a alteração procedida pelo art. 82, da Lei n. 8.245/91, o imóvel, ainda que seja o único que possua o executado e sirva de moradia da entidade familiar, é penhorável quando se tratar de contrato de fiança locatícia."*

Conforme se extrai da cláusula décima terceira, restou consignado, *in verbis*:

> Na qualidade de FIADORES e PRINCIPAIS PAGADORES, solidariamente responsáveis pelo cumprimento de todas as obrigações assumidas pela LOCATÁRIA, neste contrato, até a efetiva entrega das chaves, mediante recibo, RENUNCIANDO EXPRESSAMENTE AO BENEFÍCIO DE ORDEM DO ART. 1.491 DO CÓDIGO CIVIL, assinam:
>
> [...]
>
> Parágrafo primeiro: Declara, ainda, os FIADORES que qualquer espera ou tolerância concedida pelo LOCADOR à LOCATÁRIA, no pagamento do aluguel contratado, não implicará em concessão ou moratória, para desobrigá-los da fiança.

> Parágrafo segundo: Declaram mais, os FIADORES que suas responsabilidades permanecerão ainda que findo o presente contrato e seu prazo prorrogado por força de lei, até a efetiva entrega das chaves, seja qual for o novo valor do aluguel ajustado, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extra-judicial. (f. 10)

Com efeito, de acordo com a redação do art. 3º da Lei n. 8.245/91, *"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"*.

Destarte, assim como mencionado pelo D. Relator, a sentença merece reforma, pois, a despeito da garantia constitucional do direito à moradia, previsto expressamente no art. 6º da Constituição Federal, não há afastar a obrigação contratual assumida pelos locatários, mormente por haver legislação expressa sobre a exceção à regra de impenhorabilidade do bem de família em casos de fiança.

Ademais, conforme se infere dos autos, o imóvel comercial locado, Gráfica e Editora B.B. Ltda., é de propriedade dos fiadores, ora recorridos Hugo Sérgio Siqueira Borges e Maria Eduarda Teixeira Barros, o que somente reforça que tinham pleno conhecimento da possibilidade de prorrogação do contrato e, consequentemente, que a responsabilidade contratual assumida perduraria até a efetiva entrega das chaves.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIANÇA. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. FALTA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. ORIENTAÇÃO DA SÚMULA N. 182/STJ. APLICAÇÃO.
>
> 1. Conquanto independentes entre si, não tendo sido impugnados os fundamentos da decisão agravada, incide, quanto aos pontos, o enunciado da Súmula n. 182/STJ.
>
> 2. Esta Corte Superior de Justiça, acompanhando o entendimento do Excelso Pretório, firmado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 407.688/SP, passou a adotar a compreensão segundo a qual, mesmo após a edição da Emenda Constitucional n. 26/2000, é legítima a penhora sobre bem de família de fiador de contrato de locação, a teor do inc. VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90, acrescentado pelo art. 82 da Lei n. 8.245/91, inclusive para os pactos anteriores à vigência desse diploma legal. Precedentes.
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgReg no REsp n. 1025168/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 14.6.2011, DJ de 1.7.2011).
>
> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULA N. 282/STF). CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA ANTERIOR À LEI N. 8.245/1991. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. POSSIBILIDADE (PRECEDENTES).
>
> 1. Os temas a serem debatidos no especial dependem do necessário prequestionamento na origem (Súmula n. 282/STF).
>
> 2. A possibilidade de penhora do bem de família, nos casos de fiança em contrato de locação, com cláusula de responsabilidade até a entrega das chaves, aplica-se também aos casos de fiança anterior à Lei n. 8.245/1991.
>
> 3. Agravo interno ao qual se nega provimento. (AgReg no REsp n. 853.038/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi (Des. convocado do TJSP), julgado em 26.4.2011, DJ de 18.5.2011).

> CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. OFERECIMENTO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. BENEFÍCIO DA ENTIDADE FAMILIAR. RENÚNCIA À IMPENHORABILIDADE.
>
> 1. A exceção do art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, que permite a penhora de bem dado em hipoteca, limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar. Precedentes.
>
> 2. A comunidade formada pelos pais e seus descendentes se enquadra no conceito legal de entidade familiar, inclusive para os fins da Lei n. 8.009/90.
>
> 3. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado ao oferecê-lo em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexequível, esvaziando-a por completo.
>
> 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 1141732/SP, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 9.11.2010, DJ de 22.11.2010).

Por tais razões, nos termos do voto do Relator, dou provimento ao recurso de apelação, reformando-se a sentença de primeiro grau.

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Vogal)

De acordo com o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Tânia Garcia de Freitas Borges e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 25 de outubro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.002881-3 - Campo Grande
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE REDUZIDO EM SEUS PERCENTUAIS – IMPOSSIBILIDADE POR OFENSA À GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS E DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE – EFEITOS *EX TUNC* DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – AFASTADA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Pode a lei nova regular as relações jurídicas havidas entre os servidores públicos e a Administração, extinguindo, reduzindo ou criando vantagens, desde que observada, sempre, a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, não havendo falar em direito adquirido a regime jurídico. De outra feita, a redução de percentual de adicional de insalubridade gera violação a tal princípio do inciso XV do art. 37 da CF/88.

Somente após a decretação da inconstitucionalidade da Lei n. 2.157⁄2000 e dos parágrafos 1º e 2º do art. 4º, bem como do art. 5º e seus parágrafos, todos do Decreto n. 10.145⁄2000, foi reconhecida a impossibilidade de redução do percentual do adicional de periculosidade para 10%, cessando os efeitos da legislação inconstitucional.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de novembro de 2011.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Estado de Mato Grosso do Sul e Osvaldo Mandacari Escobar e outros, irresignados com a decisão do Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, na ação de cobrança proposta por Osvaldo Mandacari Escobar e outros e que às f. 200-6 julgou parcialmente procedente o pedido para declarar, *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da parte final do § 1º e do § 2º do art. 4°, além do art. 5° do Decreto n. 10.145/00, apelam a este Tribunal.

Osvaldo Mandacari Escobar e outros trazem como pretensão recursal às f. 224-9: I – Reforma da sentença para declarar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na via difusa é *ex tunc*, e não *ex nunc*, devendo os efeitos retroagir ao momento em que foram atingidos.

Estado de Mato Grosso do Sul trazem como pretensão recursal às f. 212-21: I – Reforma da sentença para julgar totalmente improcedente os pedidos trazidos na exordial.

As partes, devidamente intimadas, apresentaram contrarrazões, cada uma pelo improvimento do recurso da parte contrária.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Estado de Mato Grosso do Sul e Osvaldo Mandacari Escobar e outros, irresignados com a decisão do Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, na ação de cobrança proposta por Osvaldo Mandacari Escobar e outros e que às f. 200-6 julgou parcialmente procedente o pedido para declarar, *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da parte final do § 1º e do § 2º do art. 4°, além do art. 5° do Decreto n. 10.145/00, apelam a este Tribunal.

Houve recurso de ambas as partes. Passo ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, já que pede a reforma para julgar improcedente o pedido de cobrança proposto por Osvaldo Mandacari Escobar e outros.

Vejamos.

Inicialmente, impende ressaltar que a matéria debatida nos autos já foi apreciada pelo Tribunal Pleno desta Corte, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 2001.002360-4, que, por maioria, declarou a inconstitucionalidade da parte final do § 1º e do § 2º, ambos do art. 4º e do inteiro teor do art. 5º e seus parágrafos, todos do Decreto Estadual n. 10.145⁄2000, por ter havido ofensa aos art. 5º, *caput*, e 7º, inc. VI, da Constituição Federal, bem como determinou que fosse restabelecido o percentual pago a título de adicional de periculosidade, à razão de 30% sobre o vencimento padrão dos filiados do sindicato autor, relacionados na inicial, desde a data da impetração, ou seja, desde 12 de março de 2001, até a data da expedição de laudo pericial a ser realizado por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, sob os auspícios da Secretaria de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos do Governo deste Estado.

A Ementa assim restou redigida:

> São inconstitucionais, por ofensa ao artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal, a parte final do § 1º (contendo os dizeres: "ou da data de protocolo do pedido de perícia") e todo o § 2º, do artigo 4º, e o inteiro teor do artigo 5º e seus parágrafos, do Decreto n. 10.145, de 29 de novembro de 2000, que estabelecem percentual igualitário de 10% (dez por cento) para todos os servidores, a título de adicional de insalubridade, independentemente de prévia aferição em relação a cada servidor. A redução genérica dos percentuais pagos a cada servidor vinculado ao sindicato do autor, que prestam serviços para o Estado, importa em ofensa ao princípio constitucional da isonomia e o da irredutibilidade do salário, que não deve ser tolerada.
>
> Segurança concedida para o fim de restabelecer o adicional de insalubridade, à razão de 30%, sobre o vencimento padrão dos filiados ao sindicato autor, cujo rol consta da inicial, e para condenar o Estado de Mato Grosso do Sul a re-implantar na folha de pagamento o referido percentual, bem assim como a pagar a diferença advinda com a redução ilegal daquela vantagem, contada da data do ajuizamento do *mandamus*.

Desta feita, a discussão acerca da inconstitucionalidade ou não se torna despicienda, visto que o Tribunal Pleno, por maioria, já reconheceu a inconstitucionalidade dos dispositivos acima mencionados.

No caso vertente, os apelantes são servidores estaduais (médicos veterinários) integrantes do quadro permanente de pessoal da Agência Estadual de Defesa Sanitária e Vegetal - Iagro.

Os autores/servidores alegam que as atividades por eles exercidas são reconhecidas como insalubres, motivo pelo qual fazem jus ao recebimento do adicional de periculosidade, o que ocorria, porquanto percebiam o adicional no percentual de 30%, nos termos da Lei Complementar n. 02⁄80, art. 156 da Lei n. 1.102⁄90 e do Decreto n. 3.178⁄85.

Entrementes, em 29 de novembro/2000, quando ocorreu a alteração da Lei n. 1.102/90 pela Lei n. 2.157/2000 e pelo Decreto n. 10.145/2000, houve uma redução do percentual de 30% para 10%, o que importou em violação ao princípio constitucional da irredutibilidade salarial.

Nesse aspecto, conforme restou decidido pelo Tribunal Pleno, no julgamento do Mandado de Segurança n. 2001.002360-4, restou caracterizada a ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial, inserto no art. 7º I, inc. VI, da Constituição Federal, porquanto indubitavelmente a redução do percentual importou na redução dos vencimentos dos servidores.

Existe presunção absoluta de que houve tal redução, porquanto a lei revogada estabelecia o percentual de 30% para todos os integrantes da categoria. Se houve redução para 10%, afetou a todos os servidores.

Além disso, no Mandado de Segurança n. 2001.002360-4, restou demonstrado que houve redução nos vencimentos dos Médicos Veterinários, representados pelo Sindicato dos Médicos Veterinários do Estado de Mato Grosso do Sul. Assim, se foi constatada a redução nos vencimentos dos impetrantes, que faziam parte do quadro dos Médicos Veterinários do Estado de Mato Grosso do Sul, por iguais razões também houve redução nos vencimentos dos servidores, que pertencem ao mesmo quadro de servidores.

Desse modo, se houve redução nos vencimentos dos apelantes, houve ofensa ao princípio constitucional de irredutibilidade salarial, o que não pode ser admitido.

É sabido que inexiste direito adquirido quanto à incidência do adicional de insalubridade, porque se trata de vantagem de natureza transitória. Entretanto, a sua modificação não pode importar na redução dos vencimentos dos servidores.

Nesse sentido, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> Na concessão dos adicionais de atividades penosas, de insalubridade e de periculosidade, serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica. (artigo 70 da Lei n. 8.112⁄90). 2. Por força da Lei n. 8.270/91, que regulamentou o artigo 70 da Lei n. 8.112⁄90, o pagamento do adicional por insalubridade aos servidores públicos ex-celetistas, cujo regime foi transformado para o estatutário, passou a ser devido nos índices de 5, 10 e 20 por cento do vencimento do cargo efetivo. 3. Pode a lei nova regular as relações jurídicas havidas entre os servidores públicos e a Administração, extingüindo, reduzindo ou criando vantagens, desde que observada, sempre, a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, não havendo falar em direito adquirido a regime jurídico. 4. Em sendo o adicional de insalubridade de natureza induvidosamente temporária, como é da letra do artigo 68, parágrafo 2º, da Lei n. 8.112⁄90, inocorre redução vencimental. 5. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." (Súmula do STF, Enunciado n. 284). 6. Recurso parcialmente conhecido e improvido. (REsp n. 348251⁄RS-2001⁄0125874-0, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 13.4.2004, DJ de 21.6.2004, p. 262).

Do mesmo modo, conforme exteriorizado pelo Des. João Maria Lós, nos autos do Mandado de Segurança n. 2001.002360-4:

> [...] O Estado de Mato Grosso do Sul deveria ter mantido as atuais classificações e ordenado uma reclassificação geral, para ir pagando, paulatinamente, em valores eventualmente menores dos que atualmente pagos, apenas na hipótese de caracterizar, *in concreto*, atividade que permitiria uma outra reclassificação, diferente daquela que vinha sendo atualmente paga aos servidores dos respectivos órgãos da administração direta, autarquia e fundações do Poder Executivo.
>
> Com isso, desconsiderou que os servidores do Sindicato autor, já vinham recebendo adicional de insalubridade no percentual de 30%, porque operam em condições reais de insalubridade e com alto risco de vida, uma vez que entre suas tarefas, como médicos veterinários, desempenham atividades com agentes biológicos e em contato permanente com animais em isolamento por doenças infecto-contagiosas e, ainda, têm contato com bens ou objetos não previamente esterilizados, como carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, couros, pêlos e dejeções animais portadores de doenças infecto-contagiosas. Essa atividade tem a insalubridade catalogada no grau máximo, nos termos da NR-15 do Ministério do Trabalho, a que se reporta, inclusive, o artigo 1º, § 2º, do Decreto n. 10.145⁄2000.
>
> Ora, se o Estado quisesse atribuir uma outra classificação a tais agentes, em grau mínimo, como aqui genericamente se fez, deveria ter procedido, previamente, perícia através de Médico do Trabalho ou Engenharia de Segurança do trabalho, registrados pelo Ministério do Trabalho (como prevê o artigo 4º do mesmo diploma) para enquadramento real e efetivo em percentual menor apenas na hipótese de constatação de que a atividade in concreto de um determinado agente poderia ser objeto de uma classificação em grau menor do que o que atualmente lhe vem sendo pago.
>
> O pior é que, além de assim não agir, além de submeter todos os filiados do sindicato autor ao grau mínimo do adicional de insalubridade (10%, como previsto no artigo 5º do Decreto), ignorando que já vinham recebendo em patamar maior (30%) -- quando a lei estabelecia uma variação entre 10 e 40% -- o Decreto colocou que o pagamento será feito no percentual de 10% (dez por cento) até que sejam revistas todas as concessões constantes da folha de pagamento do Poder Executivo, sendo que a perícia deverá ser requerida pelo servidor (artigo 4º, § 2º).
>
> Ora, se o Estado quer fazer a revisão, que o faça, mas que mantenha os valores pagos no patamar atual, para cada serventuário que faz jus ao adicional de insalubridade e que promova, de ofício, a revisão, independentemente de requerimento por parte do servidor, realizando, sob seus auspício, a perícia médica prevista no próprio Decreto, independentemente de prévio requerimento do servidor.
>
> Não se me afigura ser possível que o Estado de Mato Grosso do Sul pudesse agir na forma como agiu, deixando de levar em consideração que o pagamento já vinha sendo feito em grau máximo porque a atividade, no caso, em princípio e até prova em contrário, é realmente insalubre. E, ignorando tal fato, igualou a todos no patamar menor, o que ofende até o princípio da isonomia que, sabidamente, é tratar desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades, pagando a todos um percentual de 10% (dez por cento) (contra os 30% que já vinham recebendo), "até que sejam caracterizadas e classificadas as efetivas condições em que o trabalho é anualmente prestado", o que seria realizado com base em relatório elaborado pelo órgão ou entidade de exercício do servidor e mediante requerimento do próprio servidor.

Assim, com razão ao magistrado singular em declarar incidentalmente, a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 4º, bem como do art. 5º e seus parágrafos, todos do Decreto n. 10.145⁄2000 tendo em vista a decisão proferida pelo Tribunal Pleno desta Corte, que declarou inconstitucionais os mencionados dispositivos, visto que ofendem o princípio da irredutibilidade dos vencimentos e o princípio da isonomia, ao reduzir o percentual do adicional de insalubridade de 30% para 10%, de forma isonômica, sem levar em consideração os aspectos particulares de cada servidor.

Assim, importa esclarecer que cabe ao Estado de Mato Grosso do Sul efetuar a reclassificação dos servidores, sob sua coordenação e dispêndio, de modo que cada um perceba o adicional de periculosidade de acordo com as suas condições de trabalho e de forma que inexista redução nos vencimentos dos servidores.

Desta feita, nego provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul.

Passo ao recurso interposto por Osvaldo Mandacari Escobar e outros.

Vejamos.

Osvaldo Mandacari Escobar e outros trazem como pretensão recursal às f. 224-9 a reforma da sentença para declarar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na via difusa é *ex tunc*, e não *ex nunc*, devendo os efeitos retroagir ao momento em que foram atingidos.

Não obstante isso, não merece acolhimento a pretensão dos apelantes em receber o adicional de insalubridade retroativo, compreendido entre o período de novembro de 2000 até a data de ajuizamento da presente ação.

Impende esclarecer que até o presente momento, o Estado de Mato Grosso do Sul estava efetuando a cobrança da referida tarifa com base em legislações constitucionais.

Somente após a decretação da inconstitucionalidade da Lei n. 2.157⁄2000 e dos parágrafos 1º e 2º do art. 4º, bem como do art. 5º e seus parágrafos, todos do Decreto n. 10.145⁄2000, foi reconhecida a impossibilidade de redução do percentual do adicional de periculosidade para 10%, cessando os efeitos da legislação inconstitucional.

Assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade da legislação mencionada possui efeitos *ex nunc*, passando a produzir seus efeitos somente a partir deste momento, razão pela qual não assiste aos apelantes o direito de receber o adicional de insalubridade retroativo, compreendido entre o período de novembro de 2000 até a data de ajuizamento da presente ação, visto que neste período a cobrança foi efetuada com base em normas em pleno vigor.

Posto isso, nego provimento a ambos os recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 8 de novembro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2009.012674-1 - Campo Grande
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – SALDO RESIDUAL – ADMITIDO – PREVISÃO CONTRATUAL – CLÁUSULA QUE PREVÊ O SALÁRIO-MÍNIMO COMO TETO MÁXIMO AO VALOR DA PRESTAÇÃO – AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE – PROPAGANDA ENGANOSA – NÃO COMPROVAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Nos contratos de compra e venda de bem imóvel, a cobrança de resíduo ao final do período de financiamento é legal, precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Não configura cláusula surpresa a cobrança de saldo residual nos contratos imobiliários, que limitaram a prestação mensal ao valor do salário-mínimo.

Não se caracteriza a publicidade enganosa se a propaganda veiculada não condicionou a quitação do contrato ao pagamento das parcelas apresentadas na proposta.

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, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de outubro de 2011.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Alaíde Ferreira da Silva apela da sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente a ação de revisional de contrato por ela proposta em face da Enccon, condenando-a ao pagamento de 47 prestações no valor de um salário-mínimo, referente ao saldo residual.

Inconformada com a sentença (f. 449-52), interpôs recurso de apelação (f. 455-60), requerendo em síntese seja declarada a ilegitimidade do resíduo contratual.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 469-90, requerendo o improvimento do recurso. Prequestionou o artigo 28 da Lei n. 9.069/95, bem como a legalidade da aplicação dos índices INCC e IGPM.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Alaíde Ferreira da Silva apela da sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente a ação de revisional de contrato por ela proposta em face da Enccon, condenando-a ao pagamento de 47 prestações no valor de um salário-mínimo, referente ao saldo residual.

Inconformada com a sentença (f. 449-52), interpôs recurso de apelação (f. 455-60), requerendo em síntese seja declarada a ilegitimidade do resíduo contratual.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 469-90, requerendo o improvimento do recurso. Prequestionou o artigo 28 da Lei n. 9.069/95, bem como a legalidade da aplicação dos índices INCC e IGPM.

Passo à análise do recurso.

Postula a apelante seja declarada a ilegitimidade da cobrança de 47 parcelas a título de resíduo contratual, sob o argumento de que já adimpliu a totalidade do contrato, assevera que foi induzida a erro pela recorrida que veiculou propaganda enganosa que previa aquisição do imóvel por 141 parcelas de no máximo um salário-mínimo.

Com efeito, as partes firmaram, em 9.3.1995, instrumento particular de promessa de compra e venda de um imóvel residencial pelo valor de R$ 19.995,00 mediante pagamento de 141 parcelas mensais e sucessivas (f. 35-44).

O contrato estabelece no § 4º da cláusula quarta que, no pagamento integral do preço, seria apurada a existência de saldo residual, o qual, por sua vez, poderia ser renegociado nas mesmas condições fixadas no instrumento contratual (f. 38).

Assim, não assiste razão à apelante, porquanto a cobrança do resíduo está expressamente prevista no contrato, o qual foi assinado na mesma data da assinatura da proposta de compra e venda, ou seja, em 9 de março de 1995 (f. 35 e 49), não constituindo cláusula surpresa.

Ora, restaram apuradas 47 (quarenta e sete) parcelas do resíduo após o vencimento da última prestação do financiamento (f. 269), e o parágrafo quarto da cláusula quarta do contrato assinado entre as partes prevê essa cobrança, *in verbis*:

> Parágrafo Quarto: - Por ocasião do pagamento integral do preço, apurar-se-á a existência ou não de resíduo, sendo certo que, se for inferior a 2% (dois por cento) do valor total do contrato, quer em favor da "VENDEDORA" ou do "COMPRADOR", será considerado inexistente, nada podendo reclamar um do outro. Se, porém, for superior a 2% (dois por cento) será objeto de renegociação, obedecendo as parcelas, sempre o limite máximo da parcela prevista no parágrafo anterior, bem como o prazo não poderá ser superior a 1/3 do prazo previsto inicialmente nesta Cláusula. (f. 38)

Destarte, somente caracterizaria cláusula surpresa se no contrato não constasse a possibilidade de apuração do saldo residual em decorrência do valor da parcela como forma de reajuste e de pagamento, o que, como já afirmado anteriormente, consta, sendo certo que a apelante não pode alegar desconhecimento de tal cláusula.

Não restou demonstrada a publicidade enganosa, pois a previsão de cobrança do resíduo estava prevista no contrato, o qual foi devidamente assinado, além de que a propaganda, nos autos à f. 340, em nenhum momento vinculou o pagamento das 141 parcelas à quitação do contrato.

Ademais, somente haveria a publicidade enganosa se a empresa apelante não tivesse cumprido com todas as ofertas apresentadas, o que não é o caso.

Colha-se julgado nesse sentido:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO DO RÉU – ENCCON – COBRANÇA DE SALDO RESIDUAL – PUBLICIDADE ENGANOSA – NÃO OCORRÊNCIA – PREVISÃO CONTRATUAL – POSSIBILIDADE – PARCELAS LIMITADAS AO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO – RECURSO PROVIDO.
>
> Não configura cláusula surpresa a cobrança de saldo residual nos contratos imobiliários, que limitaram a prestação mensal ao valor do salário mínimo.
>
> Não se caracteriza a publicidade enganosa se a propaganda veiculada não condicionou a quitação do contrato ao pagamento das parcelas apresentadas na proposta.
>
> APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO DA AUTORA – ALEGAÇÃO DE QUITAÇÃO DO CONTRATO – EXISTÊNCIA DE SALDO RESIDUAL – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Existindo saldo residual, a obrigação persiste até o pagamento de todas as parcelas. (AC n. 2010.023343-5, Campo Grande, Rel. Des. Luiz Carlos Santini)

Nos contratos de compra e venda de bem imóvel, a cobrança de resíduo ao final do período de financiamento é legal, desde que a correção seja anual e haja expressa previsão contratual.

Sustenta a apelante a ilegalidade cláusula que prevê pagamento de duas parcelas no mês de dezembro.

Estando expressamente prevista a cobrança de 13 parcelas anuais no instrumento contratual, não se pode falar em abusividade e ilegalidade, uma vez que devidamente pactuada.

Ademais, o pagamento da 13ª parcela integra o número das parcelas inicialmente contratadas constantes do preço contrato, ou seja, 141 (cento e quarenta e uma) parcelas, sendo que foram amortizadas no número de parcelas do financiamento, não tendo servido para abater custos da inflação.

A apelante afirma ainda que a vinculação das prestações ao salário-mínimo viola o art. 7º, IV, da Constituição Federal.

Verifica-se que o contrato objeto dos autos não traz qualquer previsão no sentido de atrelar as prestações do financiamento ao salário-mínimo. Foi estipulado no parágrafo terceiro da cláusula quarta (f. 38 do contrato) o seguinte, *in verbis:*

> As parcelas mensais, a despeito de eventual reajuste, NÃO PODERÃO SER SUPERIORES AO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO vigente na data do pagamento, incluindo eventuais abonos ou antecipações, acrescido do seguro de vida. Fica certo e ajustado que eventuais diferenças que superiores ao valor do salário mínimo, poderão a critério exclusivo da "VENDEDORA", serem incorporados às prestações vincendas, considerando-se para tanto o equivalente da prestação em percentual.

A meu ver, tal disposição contratual tão somente beneficia a consumidora de baixa renda, não havendo qualquer prejuízo à apelante que justifique a declaração de nulidade da referida cláusula e seu

parágrafo. Até porque, cumpre destacar, no caso versando a atualização das prestações não ocorreu com base no salário-mínimo, mas sim no INCC e no IGPM/FGV.

Corroborando o entendimento exposto, apontam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA RESCISÃO CONTRATUAL. PROMITENTE COMPRADOR QUE NÃO REÚNE CONDIÇÕES ECONÔMICAS PARA O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR. RESÍDUO INFLACIONÁRIO. CLÁUSULA PENAL. INDENIZAÇÃO PELA FRUIÇÃO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.
>
> - O art. 28 da Lei n. 9.069/95 não vedou a exigência de resíduo inflacionário. A aplicação do reajuste apenas representa o repasse da correção monetária não transferida ao consumidor durante a vigência do contrato, em razão da limitação do valor das parcelas ao salário mínimo.
>
> - A multa prevista pela cláusula penal não deve ser confundida com a indenização por perdas e danos pela fruição do imóvel, que é legítima e não tem caráter abusivo quando há uso e gozo do imóvel. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 953.907/MS, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 23.3.2010).
>
> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR - POSSIBILIDADE - APLICAÇÃO ANUAL - NECESSIDADE DE EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL - ÓBICE DA SÚMULA N. 7 - NÃO OCORRÊNCIA - OBSERVÂNCIA DO QUADRO DISPOSTO PELO ACÓRDÃO. I - Nos contratos de compra e venda de bem imóvel, a cobrança de resíduo ao final do período de financiamento é legal, desde que a correção seja anual e haja expressa previsão contratual, como no caso concreto [...] (STJ, AgReg no Ag n. 750852/MS-2006/0047779-0, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 23.9.2008).
>
> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REAJUSTE DE SALDO DEVEDOR COM COBRANÇA DE RESÍDUOS INFLACIONÁRIOS EM CONTRATOS PADRONIZADOS DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS - PLANO REAL - POSSIBILIDADE - A Medida Provisória n. 542/94, convertida na Lei n. 9.069/95, não vedou a cobrança dos resíduos inflacionários, admitindo-se a pactuação do reajuste do saldo devedor, desde que observada a periodicidade anual - RECURSO PROVIDO. (STJ, REsp n. 815385, Quarta Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 17.10.2006).
>
> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONHECIMENTO SOB O RITO ORDINÁRIO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LEGALIDADE DO RESÍDUO INFLACIONÁRIO. Sob o regime da Medida Provisória n. 566/94, os contratos podiam pactuar o reajuste do saldo devedor, desde que aplicado anualmente, não configurando violação à disciplina legal o cálculo do reajuste do saldo do preço, considerando a variação acumulada do índice contratual. Precedente. - Recurso especial a que não se conhece. (STJ, REsp n. 402056, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 30.8.2002).

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Tânia Garcia de Freitas Borges e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 18 de outubro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n 2009.004186-9 - Itaporã
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – EXCLUSÃO DO FIADOR DO POLO PASSIVO DA AÇÃO – AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA – NULIDADE TOTAL DA FIANÇA – CUSTAS E HONORÁRIOS SUSPENSOS ANTE A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA – INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O STJ já manifestou que fiança dada por um dos cônjuges é anulada por inteiro, salvo no regime de separação total de bens.

Se a parte afirma e comprova que necessita utilizar-se da gratuidade da justiça para atingir o seu intento, e, não dispondo, no momento, de situação econômica para tanto, poderá gozar dos benefícios que a lei lhe confere, conforme estatuído no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal.

Diante da concessão das benesses da justiça gratuita, fica suspensa a exigibilidade das custas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados na sentença.

O termo inicial para cobrança de juros moratórios é a data da citação válida, nos termos do art. 219 do CPC c.c. 1.536, § 2º, do Código Civil. Precedentes do STJ.

A correção monetária, por se traduzir em valor que visa à recomposição da moeda, deve incidir a partir da data do vencimento da obrigação, sob pena de enriquecimento ilícito do devedor.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de novembro de 2011.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Amilton Morais interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação monitória ajuizada em face de José Angelo da Silva e outros, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, declarando nula a fiança prestada por Miguel Ângelo Mota sem outorga uxória, excluindo-o do polo passivo da ação, condenando, ainda, os requeridos José Ângelo da Silva e Irene Margarida Félix da Silva a entregarem 325 sacas de soja ao autor, acrescidos de 12% de juros e produto,

a partir da citação. Com relação aos honorários advocatícios, condenou o autor a pagar R$ 3.705,12 em relação ao fiador excluído do polo passivo e R$ 1.202,62 em relação aos devedores principais, ora apelados, com correção monetária desde a distribuição e juros a partir das citações.

Nas razões de apelação de f. 89-106, afirma o apelante que a sentença monocrática merece reforma, visto que, quanto à exclusão do requerido José Ângelo do polo passivo da ação ante a inexistência de outorga uxória, a doutrina entende que nestes casos, *"o marido que presta fiança sem a concordância da mulher não pode se eximir da responsabilidade livremente assumida, pedindo a decretação de invalidade do ato"* (f. 95).

Quanto à concessão da justiça gratuita, afirma o apelante que o juiz *a quo*, mesmo tendo concedido tal benefício ao autor quando do despacho de deferimento da petição inicial, *"ao prolatar a sentença simplesmente ignorou o estado de necessidade do autor, não o eximindo por hora das sucumbências do processo"* (f. 99). Por isso, pediu a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Aduziu, ainda, que a sentença condenou o recorrente ao pagamento de honorários advocatícios aos devedores principais revéis e ao fiador, porém, tal entendimento é injusto, pois sendo revéis os devedores principais, revelia devidamente reconhecida pelo juízo *a quo*, injusta foi a condenação do apelante ao pagamento de honorários aos apelados considerados revéis. No que se refere ao fiador, aduz o recorrente que se equivocou novamente o juiz, visto que, sendo reformada a sentença, permanecerá no polo passivo da demanda respondendo solidariamente com o devedor principal pela dívida e consequentemente será vencido na ação. Por todo exposto, pede que, se reformada a sentença, que sejam invertidos os ônus sucumbenciais.

No que concerne à correção monetária e aos juros moratórios, a insurgência do apelante é de que a correção monetária deve incidir a partir do vencimento da obrigação, e não a partir da propositura da ação como entendido na sentença, já quanto aos juros, pede que incidam a partir do devido vencimento e não da citação, como exposto no *decisum*.

Prequestiona os dispositivos legais citados.

Em contrarrazões de f. 108-10, os apelados pugnaram pela manutenção da sentença objurgada.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Amilton Morais em face da sentença proferida nos autos da ação monitória ajuizada em face de José Angelo da Silva e outros, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, declarando nula a fiança prestada por Miguel Ângelo Mota sem outorga uxória, excluindo-o do polo passivo da ação, condenando, ainda, os requeridos José Ângelo da Silva e Irene Margarida Félix da Silva a entregarem 325 sacas de soja ao autor, acrescidos de 12% de juros e produto, a partir da citação. Com relação aos honorários advocatícios, condenou o autor a pagar R$ 3.705,12 em relação ao fiador excluído do polo passivo e R$ 1.202,62 em relação aos devedores principais, ora apelados, com correção monetária desde a distribuição e juros a partir das citações.

São as insurgências do apelante: a) a exclusão do fiador José Ângelo do polo passivo da ação monitória ante a inexistência de outorga uxória prestada pela esposa deste; b) quanto à concessão da justiça gratuita não confirmada pelo juízo *a quo* em sua sentença; c) condenação dos recorrentes ao pagamento de

honorários advocatícios aos devedores principais revéis e ao fiador; d) marco inicial de incidência dos juros moratórios e correção monetária.

Passo a analisar cada uma das insurgências apontadas nas razões de apelação.

A) Quanto à exclusão do fiador José Ângelo do polo passivo da ação monitória ante a inexistência de outorga uxória.

Afirma o recorrente que no caso como o dos autos, a melhor doutrina entende que o marido que presta fiança sem a concordância da mulher não pode se eximir da responsabilidade livremente assumida, pedindo a decretação de invalidade do ato.

Neste aspecto, tenho que não assiste melhor sorte ao recorrente, visto que correto foi o entendimento do juízo singular ao afirmar que:

> Embora a legitimidade do fiador que assinou o instrumento seja indiscutível, de nada adianta postergar a questão, eis que a penhora de qualquer bem da mulher ensejará embargos que, fatalmente, reconhecerão a nulidade da fiança. Por isso, devo pronunciar-me sobre o mérito desde logo, podando falsas expectativas. No presente caso, provada a inexistência de outorga uxória, importa reconhecer a procedência do pedido de nulidade da fiança prestada e a improcedência da ação em relação ao fiador Miguel Ângelo Mota (f. 82).

No mais, a respeito do tema, o STJ já manifestou que fiança dada por um dos cônjuges é anulada por inteiro, salvo no regime de separação total de bens. Veja-se:

> CIVIL. LOCAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.483 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E AO ART. 586 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. FIANÇA. OUTORGA UXÓRIA. AUSÊNCIA. VÍCIO QUE INVALIDA TOTALMENTE A GARANTIA, MAS QUE SÓ PODE SER ALEGADO PELO CÔNJUGE QUE NÃO CONCEDEU A VÊNIA CONJUGAL. PRECEDENTES. 1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, cristalizado no enunciado da Súmula n. 211/STJ, segundo o qual a mera oposição de embargos declaratórios não é suficiente para suprir o requisito do prequestionamento, sendo indispensável o efetivo exame da questão pelo acórdão objurgado. 2. É pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a falta da outorga uxória invalida a fiança por inteiro. 3. No caso dos autos, todavia, a falta da *vênia* conjugal foi argüida tão-somente pelo cônjuge que prestou a fiança sem a autorização de sua esposa. Nesse caso, é de se aplicar a orientação desta Corte no sentido de não conferir, ao cônjuge que concedeu a referida garantia fidejussória sem a outorga uxória, legitimidade para argüir a sua invalidade, permitindo apenas ao outro cônjuge que a suscite, nos termos do art. 1.650 do atual Código Civil. (REsp n. 8669/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 17.5.2007) - destaquei.

Por estas razões, de acordo com o entendimento da Corte Superior, tenho que, nesta parte, a sentença não merece reforma.

B) Quanto à concessão dos benefícios da justiça gratuita pleiteados.

Afirma o apelante que o juiz *a quo*, mesmo tendo concedido tal benefício ao autor quando do despacho de deferimento da petição inicial, ao prolatar a sentença, simplesmente ignorou o estado de necessidade do autor, não o eximindo por hora das sucumbências do processo. Por isso, pediu a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Noto que, quanto aos benefícios da justiça gratuita, em que pese o recorrente afirmar que tal pedido foi concedido pelo juízo *a quo* em seu despacho inicial de f. 15, tenho que o juiz monocrático apenas citou que o autor pleiteou tal benefício, não se manifestando a respeito da concessão ou não das *benesses* e, quando da prolação da sentença, o juízo entendeu por bem condenar o recorrente ao pagamento de honorários sucumbenciais ante a sucumbência em parte dele, em nada se manifestado também quanto ao pedido feito na inicial dos presentes autos.

A meu ver, analisando os autos, vejo que a concessão dos benefícios da justiça gratuita ao autor-apelante é medida que se impõe, pois verifica-se que, ainda que ignorado tal pedido pelo magistrado singular, tendo apenas citado no despacho da petição inicial esse pedido formulado pelo autor, vejo que consta nos autos elementos que caracterizam a concessão de tais benefícios, como a declaração de pobreza juntada à f. 8.

Com efeito, a Lei de Assistência Judiciária (Lei n. 1.060/50), em seu artigo 2°, parágrafo único, considera necessitado para os fins legais, vale dizer, para a obtenção dos benefícios da justiça gratuita, todo aquele que se encontrar em situação econômica que não lhe permita pagar as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Da mesma forma, o artigo 4º da legislação em tela, com redação dada pela Lei n. 7.510/86, estabelece que o benefício em questão será concedido mediante simples declaração do pleiteante a respeito desta situação econômica adversa, como é o caso dos autos, já que a parte juntou tal declaração à f. 8.

No mais, insta dizer que a representação por advogado particular não afasta a condição de hipossuficiência do recorrente, visto que a concessão de justiça gratuita não está atrelada à representação dos beneficiários pela Defensoria Pública estabelecida pelo Estado, ressaltando-se que esta tem atuação supletiva e não obrigatória.

Este é o entendimento deste TJMS. Veja-se:

> EMENTA – AÇÃO DECLARATÓRIA – JULGADO IMPROCEDENTE – ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO.
>
> Se a parte afirma e comprova que necessita utilizar-se da gratuidade da justiça para atingir o seu intento, e não dispondo, no momento, de situação econômica para tanto, poderá gozar dos benefícios que a lei lhe confere, conforme estatuído no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal (AC n. 2011.028553-0, Rel. Des. Relator Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 4.10.2011).

Por estas razões, vejo que é de ser concedido à parte autora-apelante os benefícios da assistência judiciária gratuita, conforme dispõe a Lei n. 1.060/50.

C) Quanto à condenação do recorrente ao pagamento de honorários advocatícios aos devedores principais revéis e ao fiador.

Aduz o apelante que a sentença o condenou ao pagamento de honorários advocatícios aos devedores principais revéis e ao fiador, porém tal entendimento é injusto, pois sendo revéis os devedores principais, revelia devidamente reconhecida pelo juízo *a quo*, injusta foi sua condenação ao pagamento de honorários aos apelados considerados revéis. No que se refere ao fiador, aduz que se equivocou novamente o juiz, visto que, sendo reformada a sentença, permanecerá no polo passivo da demanda respondendo solidariamente com o devedor principal pela dívida e consequentemente será vencido na ação.

Pois bem, quanto a essa insurgência, tenho que, como o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita foi concedido ao recorrente no tópico acima, então, as verbas arbitradas na sentença a

título de custas e honorários advocatícios devem permanecer suspensas em relação ao recorrente, já que lhe forom concedidas através deste recurso as *benesses* da justiça gratuita.

Assim, aquelas verbas (custas e honorários) devem ter a exigibilidade suspensa em relação ao recorrente com fulcro no artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

D) Quanto ao marco inicial de incidência dos juros moratórios e correção monetária.

No que concerne à correção monetária e aos juros moratórios, a insurgência do apelante é de que a correção monetária deve incidir a partir do vencimento da obrigação, e não a partir da propositura da ação como entendido na sentença, já quanto aos juros, pede que incidam a partir do devido vencimento e não da citação, como exposto no *decisum*.

Pois bem, no que concerne aos juros moratórios, tenho que não deve prosperar o pedido feito pelo apelante em suas razões de apelo, pois o tema encontra-se pacificado tanto no âmbito desta Corte quanto no do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os juros de mora, em se tratando de ação monitória, devem incidir a partir da citação válida. Isso porque, à luz do *caput* do artigo 219 do CPC, o devedor constitui-se em mora no referido momento, sendo aquele o marco inicial para contagem dos juros.

Ademais, é mediante a citação para a ação monitória que o réu fica cientificado da ação, aperfeiçoando-se a relação processual, de forma que tal ato (citatório) é o que interessa para a aplicação do disposto no art. 219 do CPC, no que tange à constituição em mora do devedor.

Assim, somente com a interpelação, verificada com a citação inicial, é que o requerido é constituído em mora, momento a partir do qual devem ser computados os juros moratórios

Nesse sentido é o entendimento do Colendo STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.
>
> I - Os juros moratórios, na ação monitória, contam-se a partir da citação.
>
> II - A agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.
>
> Agravo improvido. (AgReg no REsp n. 1040815/GO, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 12.5.2009, DJ de 10.6.2009).
>
> DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. OMISSÃO. SUPOSTA AFRONTA AOS ART. 219 DO CPC E ART. 1.536, § 2º, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.
>
> 1. O termo inicial para cobrança de juros moratórios a data da citação válida, nos termos do art. 219 do CPC c.c 1.536, § 2º, do Código Civil. Precedentes do STJ.
>
> 2. Em homenagem aos princípios da efetividade e da economia processual, faz-se necessário admitir que o Tribunal de origem, ao rejeitar os embargos declaratórios da parte embargante, em que, entre outras questões, se aduzia a necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da citação, firmou o entendimento de que o silêncio da sentença acerca do tema importaria na aplicação das normas legais que regem a matéria, quais sejam, os art. 219 do CPC c.c art. 1.536, § 2º, do Código Civil.

> 3. Embargos declaratórios parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes. (ED no REsp n. 862638/RJ , Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 21.10.2008, DJ de 24.11.2008).
>
> No mesmo sentido são os seguintes julgados desta E. Corte de Justiça, senão vejamos:
>
> Somente com a interpelação, verificada com a citação inicial, é que o requerido é constituído em mora, momento a partir do qual devem ser computados os juros moratórios (artigo 219 do Código de Processo Civil). (TJMS, AC n. 2010.002529-2, Primeira Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 5.10.2010).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – NOTA PROMISSÓRIA – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – A PARTIR DA CITAÇÃO VÁLIDA DO DEVEDOR – RECURSO PROVIDO.
>
> Os juros de mora devem incidir somente a partir do momento em que o devedor tomou ciência do ajuizamento de ação. (TJMS, AC n 2009.002234-0, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 8.3.2010).

Portanto, os juros de mora devem incidir somente a partir do momento em que os devedores, ora recorrentes, tomaram ciência do ajuizamento da ação, bem observadas as regras mencionadas nos artigos 405 do Código Civil e 219, *caput*, do Código de Processo Civil, razão pela qual a sentença deve ser mantida também nesse aspecto.

Já no que concerne à correção monetária, pretende o recorrente que se dê a partir do vencimento da obrigação, e não como exposto na sentença, ou seja, a partir do ajuizamento da ação.

Nesse aspecto, tenho que assiste razão ao apelante, já que, de acordo com o entendimento pacífico desta Corte, é a partir do vencimento do débito que incide a correção monetária, porquanto tal correção se traduz em um valor que visa à recomposição da moeda, devendo, com isso, incidir a partir da data do vencimento da obrigação.

A determinação de que a correção monetária incida apenas a contar do ajuizamento da ação deixa a descoberto período intermediário entre este e o efetivo nascimento da obrigação, acabando por gerar um enriquecimento imotivado do devedor em detrimento ao credor.

Veja-se jurisprudência desta Corte a respeito da matéria:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MONITÓRIA – DUPLICATA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA, EM AUDIÊNCIA, DE DOCUMENTO EXISTENTE ANTERIORMENTE À APRESENTAÇÃO DOS EMBARGOS MONITÓRIOS – OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO TEMPORAL – JUROS DE MORA – TERMO *A QUO* – CITAÇÃO VÁLIDA DO DEVEDOR – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA – VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO – SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE.
>
> 1. Não configura cerceamento de defesa obstar a juntada de documento extemporâneo ao processo, pela ocorrência do instituto da preclusão temporal, pois às partes cumpre observar o momento adequado à produção das provas necessárias para que a demanda não se eternize.
>
> 2. Tendo em vista que a ação monitória é instruída com documentos sem força executiva, os juros moratórios devem decorrer da citação válida do devedor, sendo esta o termo inicial para sua incidência.

> 3. A correção monetária, por se traduzir em valor que visa a recomposição da moeda, deve incidir a partir da data do vencimento da obrigação, sob pena de enriquecimento ilícito do devedor. (AC n. 2011.023314-6, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, julgado em 23.8.2011) – grifei.

E mais:

> AÇÃO MONITÓRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INÍCIO DE INCIDÊNCIA. Ainda que se trate de ação monitória, cujo título que a embasa perdeu a eficácia executiva, impõe-se reconhecer que a correção monetária, que apenas atualiza a perda do valor da moeda, deve incidir a partir do vencimento do crédito devido e não do ajuizamento da ação, sob pena de enriquecimento indevido do devedor. JUROS DE MORA. Não sendo responsabilidade extracontratual, os juros moratórios incidem a partir da constituição em mora, ou seja, a partir da citação. Recurso provido, em parte. (TJRS, AC n. 70004177291, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 19.2.2003).

> COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE COBRANÇA - DÍVIDA LÍQUIDA E CERTA REPRESENTADA POR DUPLICATA - PROCESSO DE CONHECIMENTO - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL. I - É ASSENTE NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, EM QUALQUER DÉBITO QUE FOR OBJETO DE DECISÃO JUDICIAL, DEVERÁ INCIDIR A CORREÇÃO MONETÁRIA, APLICANDO-SE A LEI N. 6.899/81, INDISTINTAMENTE, TANTO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO QUANTO NO DE EXECUÇÃO FORÇADA. II - CABIMENTO DA AÇÃO DE COBRANÇA PARA SE EXIGIR DÍVIDA DE VALOR, LÍQUIDA E CERTA, REPRESENTADA POR DUPLICATA, TENDO, INCLUSIVE, O DEVEDOR SE COMPROMETIDO, SEM QUALQUER RESSALVA, A ACEITAR O FATURAMENTO DA QUANTIA, BEM COMO A EMISSÃO DO TÍTULO RESPECTIVO, RAZÃO SUFICIENTE PARA QUE A CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDA A PARTIR DA DATA DE SEU VENCIMENTO (ART. 1º, § 1º). III - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (STJ, REsp n. 48944/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 29.8.1994, DJ de 10.10.1994, p. 27169, LEXSTJ, v. 67, p. 228).

> COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. NOTA PROMISSÓRIA. PRESCRIÇÃO. AÇÃO MONITÓRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. LEI N. 6.899/81. - A orientação jurisprudencial mais recente é no sentido da aplicação ampla da correção monetária, que importa, apenas, na recomposição do valor da moeda corroído pela inflação, de sorte que inobstante a perda da executividade da nota promissória em face da prescrição, é possível a incidência da atualização não somente a partir do ajuizamento da ação ordinária, mas desde o vencimento do débito, sob pena de enriquecimento sem causa da parte inadimplente. II. Recurso conhecido e improvido. (REsp n. 430080/MT, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 24.9.2002).

Logo, a sentença deve ser reformada deste ponto, para constar que a incidência da correção monetária deve ocorrer a partir do vencimento da obrigação.

Por fim, quanto ao prequestionamento da recorrente, insta salientar que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado *"não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado"* (ED no MS n. 22067/DF).

Assim, conheço do recurso e dou parcial provimento para conceder os benefícios da justiça gratuita ao autor, suspendendo-o da exigibilidade das custas processuais e honorários advocatícios fixados na sentença, nos termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/50, bem como para modificar a sentença no que concerne à incidência da correção monetária, devendo esta incidir a partir do vencimento da obrigação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 9 de novembro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2009.006306-1 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – DETRAN – COBRANÇA DE PARCELAMENTO DE MULTAS – VEÍCULO TRANSFERIDO A TERCEIRO – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Se restou comprovado nos autos de ação declaratória que o apelado nestes autos não é o responsável pelo pagamento do parcelamento das multas cobradas pelo Detran nestes autos de ação de execução, correto foi o entendimento do magistrado singular em extinguir o processo sem resolução de mérito ante a ilegitimidade passiva *ad causum.*

Sentença mantida. Recurso Improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de outubro de 2011.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - Detran-MS interpõe recurso de apelação em face da sentença (f. 100-1) que, nos autos da ação de execução por título executivo extrajudicial que move em face de Carlos Ferreira de Oliveira, julgou extinta sem resolução de mérito a pretensão inicial, ante o disposto no artigo 267, VI, § 3º, do CPC.

Aduz o recorrente em suas razões de apelação de f. 105-10, em síntese, que houve o julgamento *extra petita* da ação, visto que, quanto à ilegitimidade do autor da ação declaratória, este não requereu na sua inicial, portanto se encontra com julgamento *extra petita.*

No mais, afirma que tanto o vendedor como o comprador do referido veículo de placas HQY-9548 foi beneficiado com o parcelamento de multas de trânsito, portanto é nessa questão que se encontra a solidariedade para pagamento de infrações de trânsito, não havendo a possibilidade de individualizar tais responsabilidades, nos termos da lei federal, que estabelece o CTB – Código de Trânsito Brasileiro.

Por fim, alega que os artigos 124 e 128 do CTB definem o princípio da responsabilidade solidária, os quais devem ser aplicados no caso posto em análise.

Ao final, pediu o provimento do apelo e prequestionou os artigos 124 e 128 do CTB.

O apelado, em contrarrazões de f. 114-6, pediu a manutenção da sentença e o improvimento recursal.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - Detran-MS em face da sentença (f. 100-1) que, nos autos da ação de execução por título executivo extrajudicial que move em face de Carlos Ferreira de Oliveira, julgou extinta sem resolução de mérito a pretensão inicial ante o disposto no artigo 267, VI, § 3º, do CPC.

Pretende o recorrente a reforma da sentença de primeiro grau que julgou extinta a pretensão recursal do autor ante a ilegitimidade passiva *ad causam*, já que a sentença proferida nos autos apensados a este entendeu não ser o apelado responsável pelo pagamento do parcelamento das multas cobradas pelo apelante neste processo.

O recorrente afirmou que a sentença foi *extra petita*, na medida em que reconheceu que o apelado é parte ilegítima na ação de execução proposta por ele.

Pois bem. Tenho que não pode ser acolhida a pretensão do apelante de julgamento *extra petita,* isso porque foi reconhecido nos Autos n. 001.04.008.06-7, apensados a este, que o apelado não é o responsável pelo pagamento das multas cobradas nos presentes autos de execução. Por isso, correto foi o entendimento do magistrado singular em extinguir o feito sem resolução de mérito ante a ilegitimidade passiva *ad causam.*

Somente à guisa de argumentação, nos autos da ação declaratória que se encontram apensados a estes autos de execução, foi proferida sentença às f. 43-7, bem como foi interposto recurso de apelação às f. 51-6 também pelo mesmo recorrente destes autos (Detran), sendo que, no acórdão proferido por este relator, restou pacificado o entendimento de que realmente o apelado não é o devedor da multa exigida pelo apelante nestes autos de execução, expondo este relator toda a fundamentação para embasar seu voto.

Desta feita, correto foi o entendimento do magistrado *a quo* em extinguir o feito sem resolver o mérito.

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

Por tais razões, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Campo Grande, 26 de outubro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2009.012269-5 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – CONTRATO DE GAVETA – INTERESSE DE MENORES – MANIFESTAÇÃO DO MP ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA – ADJUDICAÇÃO – AUSÊNCIA DE NULIDADE – CIÊNCIA DA HIPOTECA – INADIMPLÊNCIA DAS PARCELAS DO FINANCIAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

I- Quando se trata de contrato de gaveta, ainda que se entenda pela sua validade, necessário reconhecer que o cessionário de direitos tinha plena ciência de hipoteca que recaía sobre o imóvel.

II- Ao se falar em interesse de menores, inexistente a nulidade quando há manifestação do MP antes da prolação da sentença.

III- Sentença mantida. Recurso Improvido.

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 as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 5 de outubro de 2011.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Espólio de Marcos Algemiro Perboni interpõe recurso de apelação cível contra a sentença de f. 215-20, proferida nos embargos de terceiros opostos em face de Associação de Poupança e Empréstimo – Poupex –, que julgou improcedente o pedido dos autores-apelantes, extinguindo o feito com julgamento de mérito, com base no art. 269, inciso I, do CPC.

Preliminarmente, aduz o apelante que ingressou com embargos de terceiros em 12.12.2006, os quais têm o condão de suspender o processo principal nos termos do art. 1.052 do CPC e tornar, portanto, inválido o leilão realizado nos autos, onde não houve arrematante para o bem e foi feito o pedido de adjudicação pelo apelado, acarretando a nulidade de todos os atos praticados desde então, especialmente, da adjudicação.

Aduz, ainda, a nulidade em razão da ausência de intimação do Ministério Pública requerida em razão de haver herdeiros menores.

Quanto ao mérito, alega o apelante em suas razões recursais de f. 226-52, que a sentença proferida pelo juízo *a quo* deve ser anulada, aduzindo em síntese que: a) a apelada consentiu tacitamente à cessão de direitos constante do contrato de gaveta, pelo que as cláusulas do contrato original não são mais as mesmas; tanto é assim que a apelada recebia todas as parcelas sem hesitação; b) todas as correspondências com informações acerca do financiamento eram enviadas ao endereço do apelante, portanto a apelada tinha ciência da existência de contrato de gaveta; c) no despacho inicial, o magistrado deixou de determinar a suspensão do feito nos termos do art. 1.052 do CPC, sendo que posteriormente tal suspensão foi concedida em sede de agravo de instrumento e, em seguida, novamente revogada; d) no interregno entre o despacho inicial e a concessão da suspensão, houve o leilão do bem, sem arrematação; e) em razão disso, houve adjudicação do imóvel pela apelada.

Alega, ainda, o apelante, que, embora não seja considerado válido o contrato de gaveta, em decorrência do sinistro ocorrido à primeira proprietária do imóvel, este estaria quitado, portanto tal quitação estender-se-ia nos direitos do apelante pela sub-rogação.

Ressalta que, ante a adjudicação realizada pela apelante, seus filhos menores estão passando por dificuldades, residindo de favor pela solidariedade de amigos, em afronta ao direito de moradia, constitucionalmente garantido e ao direito de herança que lhes caberia.

Prequestiona dos dispositivos legais e constitucionais da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como a função social da propriedade e o direito à moradia.

Requer a declaração de nulidade do processo com base na disposição contida no art. 1.052 do CPC, pois o processo deveria estar suspenso e, ainda, seja declarado quitado o contrato em razão do acometimento de invalidez à proprietária do bem, estendendo-se o benefício ao apelante, a devolução das quantias pagas indevidamente após o sinistro e a reintegração de posse.

O apelado, por sua vez, apresentou contrarrazões às f. 255-70, pugnando pela manutenção da sentença em razão do acerto no *decisum* de primeiro grau.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Espólio de Marcos Algemiro Perboni interpõe recurso de apelação cível contra a sentença de f. 215-20, proferida nos embargos de terceiros opostos em face de Associação de Poupança e Empréstimo – Poupex –, que julgou improcedente o pedido dos autores-apelantes, extinguindo o feito com julgamento de mérito, com base no art. 269, inciso I, do CPC.

Alega o apelante em suas razões recursais de f. 24-52, que a sentença proferida pelo juízo *a quo* deve ser anulada, aduzindo em síntese que deveria ter havido intimação do Ministério Público em razão de haver nos autos interesse de menores e que deve ser declarada a nulidade do processo, pois foram praticados diversos atos enquanto deveria estar suspenso o feito.

O apelado, por sua vez, apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença em razão do acerto no *decisum* de primeiro grau, por não ser caso de aplicação do ECA nem mesmo de interesse de menor, mas, sim, situação referente ao direito à propriedade.

Analisando bem as razões de apelação, tenho que não merece provimento a pretensão do recorrente de reforma da sentença. Explico.

O grande ponto controvertido nos autos, conforme aduziu o apelante, cinge-se em saber se houve ou não a prática de atos reputados nulos, primeiro, em razão de que o processo deveria estar suspenso nos termos do art. 1.052 do CPC; depois, por não ter havido intervenção do MP desde o início e a aplicação do ECA por envolver os direitos dos filhos do apelante. Por fim, ainda se discute a quitação das parcelas em razão do sinistro que ocasionou invalidez à primeira proprietária do bem, pelo que deveria ter ocorrido a quitação de todas as parcelas vincendas, estendendo-se os benefícios ao embargante.

Analisando as preliminares aventadas pelo apelante, verifica-se que não há nulidade a ser sanada em relação à não intervenção do MP desde o início do processo, pois este se manifestou nos autos às f. 198-202, ou seja, antes da prolação da sentença.

Não fosse só, não se trata de caso de aplicação do ECA, como bem salientado nas contrarrazões apresentadas pela apelada, mas sim de questão atinente ao direito de propriedade.

Do contrário, estar-se-ia admitindo que todos os devedores que têm filhos menores poderiam beneficiar-se disso para não saldar suas dívidas. Consequentemente, fariam financiamentos imobiliários e teriam em seu favor uma excludente, qual seja, ter filhos menores, o que, ainda que permanecessem inadimplentes, impediria qualquer ação executiva, pois sua procedência estaria fadada ao insucesso. Isso seria privilegiar o enriquecimento ilícito.

Quanto à alegação de que a proprietária foi acometida de invalidade e o seguro deveria promover a quitação de todas as parcelas vincendas, tal questão já foi analisada em sede de execução, como enfatizado na sentença.

Além disso, resta afirmado pelas partes envolvidas no processo que o contrato de gaveta foi realizado antes do acometimento de incapacidade à executada. Além disso, ainda que fosse válida tal alegação de quitação das parcelas vincendas, o benefício não poderia se estender ao terceiro embargante e não o reintegraria na posse do imóvel, mas sim à executada.

Passo ao julgamento de mérito.

Pois bem. Após uma análise detida dos autos, observo que, com relação à matéria trazida no recurso, há de ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, faz-se mister a transcrição dos trechos que servem para embasar esta decisão. Veja-se:

> [...]
>
> Também, à luz do contrato entabulado, o imóvel correspondente à matrícula n. 46.025 encontra-se hipotecado em 1ª e especial hipoteca a favor do ora embargado – f. 35-v dos autos da executiva.
>
> Ainda, da leitura da executiva em apenso, verifico que a inadimplência das parcelas do financiamento começou em **21.1.2000.**
>
> Ocorre que após o ajuizamento da ação executiva em **23.10.2001**, com todo o trâmite processual correlato – citação, penhora/arresto bem etc., na iminência da realização de leilão judicial, o ora embargante, representado por sua inventariante, interpôs embargos de terceiro embasado em 'contrato particular de cessão de direitos' entre Solange Maria Trajano Prado e Marcos Algemiro Perboni, datado de **4.10.1993.**
>
> A questão, como se vê, envolve transferência de imóvel financiado por agente financeiro do sistema de habitação, com a cessão do contrato de financiamento para terceiro, por instrumento particular, sem que tenha sido formalizada perante o agente financeiro.

Trata-se de 'contrato de gaveta', assim denominada a promessa de compra e venda de imóvel realizada sem o assentimento da instituição de crédito que financiou a aquisição, negócio jurídico hoje reconhecido como válido pela jurisprudência pátria.

A doutrina e jurisprudência admitem a interposição de embargos de terceiro para livrar da constrição bem imóvel não inscrito no álbum imobiliário, quando demonstrada a posse do compromissário comprador.

O C. Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, externou tal raciocínio por meio da Súmula n. 84, que dispõe:

'É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro'.

Após compulsar os autos, além de comparar as datas do contrato primitivo e o contrato dito 'de gaveta', concluo que não houve, por parte do credor hipotecário, anuência com relação ao negócio jurídico realizado entre a mutuária Solange e o terceiro, ora embargante, permanecendo, portanto, incólume, o contrato original.

Além disso, não se pode olvidar que o ora embargante tinha plena ciência que contratou a aquisição de imóvel gravado com hipoteca, e com pendência de prestações pecuniárias.

E pela análise das datas dos contratos acima mencionados, verifico que o embargante não deu continuidade ao cumprimento das obrigações concernentes às parcelas do financiamento, ainda que em nome da srª. Solange.

Nesta senda, emerge dos autos a precariedade da posse do embargante sobre o imóvel objeto da executiva, pois, apesar da legitimidade para ajuizar embargos de terceiro, deixou o ora embargante de adimplir o contrato.

A bem da verdade, em contratos como o da espécie, assume o cessionário, em razão do contrato, todas as obrigações inerentes, inclusive como forma de desvencilhar o imóvel da garantia real que pende sobre ele.

E como o ora embargante deixou de pagar as parcelas do financiamento, caracterizada está a sua mora, de modo que a posse exercida sobre o imóvel passa a ser precária, não obstando o prosseguimento da execução hipotecária.

Ante o exposto **julgo improcedente a pretensão** deduzida na inicial, consoante as razões acima alinhavadas e, por consequência, julgo extinto o feito com resolução do mérito, o que faço com fulcro no artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil. (f. 218-20)

Por fim, quanto ao prequestionamento realizado pela parte às demais fundamentações expostas nas razões recursais sobre o tema, tenho que o magistrado *"não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado"* (ED no MS n. 22067/DF).

Em razão do exposto, conheço do recurso e no mérito lhe nego provimento, mantendo incólume a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.

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, Sérgio Fernandes Martins e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 5 de outubro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.007928-1 - Paranaíba
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – MULTA DIÁRIA – EXIGÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL PARA SUA INCIDÊNCIA – SÚMULA N. 410/STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA – EQUIDADE – FIXAÇÃO EM VALOR RAZOÁVEL – MAJORAÇÃO INDEVIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Súmula n. 410 STJ).

Em se tratando de causa em que não há condenação, como no caso, a verba honorária deve ser arbitrada consoante apreciação equitativa do julgador, nos termos do § 4º do art. 20 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 aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 5 de outubro de 2011.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Renê França Machado e Banco do Brasil S.A., inconformados com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, que julgou extinto o cumprimento de sentença que o primeiro promove em desfavor do segundo, interpõem recursos de apelação.

Sustenta o autor em suas razões recursais que a multa diária foi estabelecida em sentença e mantida inclusive pelo Tribunal, fazendo coisa julgada, não podendo ser novamente discutida. Alega que não há falar em necessidade de intimação pessoal do devedor, uma vez que, quando intimado da sentença, já sabia como e quando deveria cumprir sua obrigação.

O réu igualmente manifesta recurso de apelação, requerendo a majoração da verba honorária, fixada pelo magistrado *a quo* em R$ 1.500,00, devendo ser observada a norma do art. 20, § 3º, do CPC.

Ao final, pugnam pelo recebimento, conhecimento e provimento dos recursos.

Contrarrazões do banco-réu às f. 274-82 do autor às f. 301-3.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Renê França Machado e Banco do Brasil S.A., inconformados com a sentença que julgou extinto o cumprimento de sentença que o primeiro promove em desfavor do segundo.

Recurso do autor Renê França

Insurge-se o autor contra a sentença que, no cumprimento de sentença que move em face do Banco do Brasil S.A., reconheceu a inexigibilidade da multa diária em virtude da ausência de prévia intimação pessoal do devedor (Súmula n. 410 STJ) e, nos termos do artigo 618, I, do CPC, declarou sua nulidade com a consequente extinção.

Em que pesem os argumentos deduzidos pelo autor-apelante, tenho que a pretensão recursal é improcedente.

Para a incidência da multa diária (*astreinte*) decorrente de condenação em obrigação de fazer, já se encontra pacificado no Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula n. 410, que *"A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer"*.

Assim, com bem destacou a sentença, *"no caso, a intimação pessoal não ocorreu, tendo o banco Réu sido intimado apenas, através de publicação dirigida a seus procuradores, para pagamento da quantia pertinente aos primeiros oitenta e cinco (85) dias multa, já por ocasião da primeira ação de cumprimento de sentença promovida pelo credor (f. 8-9 dos autos n. 018.05.002948-4/002, em apenso), sendo forçoso reconhecer a inexigibilidade da multa por descumprimento de provimento judicial"*. (f. 75)

Esse é o entendimento pacífico do Egrégio STJ, bem como desta Corte, senão vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER – MULTA DIÁRIA – EXIGÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL PARA SUA INCIDÊNCIA – RECURSO NÃO PROVIDO. A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Súmula n. 410 STJ). (TJMS, AC n. 2010.016851-6, Segunda Turma, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 13.7.2010)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DIÁRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL. SÚMULA N. 410 DO STJ. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. MULTA. ART. 557 § 2º, CPC. 1. "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer". (Súmula n. 410 do STJ) 2. Cabe aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC na hipótese de recurso manifestamente improcedente e procrastinatório. 3. Agravo regimental desprovido. Aplicação de multa de 3% sobre o valor corrigido da causa. (STJ, AgReg em Ag n. 1.050.330/RS, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17.6.2010)
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO. INÍCIO DO PRAZO. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. "Firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de

> Justiça, em reiterados precedentes, no sentido de que tratando-se de multa em obrigação de fazer, *o dies a quo* da incidência da multa diária inicia com a intimação pessoal do devedor para cumprimento da obrigação" (AgReg no Ag n. 1.189.289/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 28.4.2010). [...] 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgReg nos ED nos ED no Ag n. 1.340.875/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 8.2.2011)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DIÁRIA. TERMO INICIAL. SÚMULA N. 410/STJ. [...] 2. "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer" (Enunciado 410 da Súmula do STJ). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgReg em Ag n. 936.155/RJ, Quarta Turma, Relª. Minª. Maria Isabel Galloti, julgado em 17.2.2011)

Portanto, a sentença criticada é irretocável, pois fundamentada em jurisprudência desta Corte e da Corte Superior.

Permito-me fazer um registro para finalizar, no sentido de que não coaduno com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, externado em sua Súmula n. 410. A meu ver, a exigência de intimação pessoal do devedor para cumprimento da multa diária, quando já intimado através de seu advogado por meio do diário oficial, fere de morte a efetividade processual e privilegia o devedor, em detrimento do credor (quem tem razão), além de estimular a insegurança jurídica e o descumprimento das decisões judiciais.

Entretanto, ressalvado o entendimento pessoal, curvo-me ao posicionamento da Corte Superior, a fim de uniformizar a jurisprudência e não dar falsas esperanças ao jurisdicionado, que, se obtiver êxito em julgamento deste Tribunal, certamente verá modificada sua situação em sede de recurso especial.

Destarte, merece prestígio a sentença recorrida, sendo o improvimento do recurso medida que se impõe.

Recurso do réu Banco do Brasil

Objetiva o réu-apelante a majoração da verba honorária, fixada pelo magistrado *a quo* em R$ 1.500,00, alegando que deve ser observada a norma do art. 20, § 3º, do CPC, fixando-se em 20% sobre o valor pretendido pelo apelado (R$ 489.118,36).

A pretensão recursal é improcedente.

Em se tratando de causa em que não há condenação, como no caso, a verba honorária deve ser arbitrada consoante apreciação equitativa do julgador, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

Não há falar, portanto, em arbitramento de percentual sobre o valor pretendido pelo apelado, não sendo o caso de aplicação do § 3º do art. 20 do CPC, mas do § 4º.

Deve-se ter em mente que, na fixação do *quantum* advocatício, o julgador atenderá ao grau de zelo do profissional, ao lugar da prestação do serviço, à natureza e importância da causa, ao trabalho realizado pelo advogado e ao tempo exigido para o seu serviço, observados sempre os parâmetros da razoabilidade-proporcionalidade. Não se pode olvidar, contudo, que tais elementos informadores do arbitramento, insertos no art. 20, § 3º, "a", "b" e "c", do CPC, não exaurem a pesquisa judicial para um convencimento tendente a uma justa remuneração.

Nesse sentido, tendo a equidade como parâmetro norteador do arbitramento, aos termos do disposto no art. 20, § 4º, do CPC, parece-me ter agido corretamente a magistrada na fixação ora questionada, à luz dos princípios da razoabilidade-proporcionalidade, não havendo falar em majoração.

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento a ambos os recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Campo Grande, 5 de outubro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.023315-3 - Campo Grande
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TAXA DE CONDOMÍNIO – PRELIMINARES – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – IMÓVEL ALIENADO MEDIANTE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO – LEGITIMIDADE PASSIVA CONCORRENTE ENTRE PROPRIETÁRIO E PROMITENTE COMPRADOR – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO CONDOMÍNIO SOBRE A ALIENAÇÃO DO IMÓVEL – NÃO OCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE DO PROMITENTE-VENDEDOR – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Se o processo encontra-se apto a ser julgado e o magistrado entende ser dispensável a produção de outras provas, a prolação da sentença é medida que se impõe, à vista dos princípios da economia e da celeridade processual.

Fica caracterizada a legitimidade passiva do proprietário de imóvel que não comunica ao condomínio credor a alienação do bem através de contrato de compromisso de compra e venda com terceiro não registrado.

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 as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 19 de outubro de 2011.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Trata-se de recurso de apelação interposto por Célia Kazumi Miyajima contra sentença prolatada nos autos da ação de cobrança que lhe move Condomínio Vale do Sol III.

Alega, inicialmente, cerceamento de defesa, pois, ao julgar a ação antecipadamente, deixou de ouvir as testemunhas arroladas, cerceando seu direito de comprovar a posse do imóvel pelo promitente comprador e que o condomínio tinha ciência disto.

Suscita, ainda, preliminar de ilegitimidade passiva, pois, apesar de ainda constar seu nome como proprietária do imóvel na matrícula, este fora vendido em 25.2.1998 para o Sr. Jailson Huderson de Almeida Pinto, conforme contrato de compromisso de compra e venda (f. 117).

Assim, *"é manifesta a ilegitimidade passiva da apelante, eis que o detentor da posse direta e, por força do compromisso de compra e venda, atual proprietário do imóvel, Sr. Jailson Huderson de Almeida Pinto, é o único legitimado para responder pelas taxas condominiais vencidas a partir da aquisição do imóvel."* (f. 204)

Colaciona jurisprudência acerca da matéria.

Prequestiona a matéria suscitada.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 213-27.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Célia Kazumi Miyajima, inconformada com a sentença proferida pelo Juízo singular a qual julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança que lhe move Condomínio Residencial Vale do Sol III, apela a este Tribunal.

Da preliminar de cerceamento de defesa.

Requer a apelante seja decretada a nulidade da sentença que julgou antecipadamente a lide, sem lhe oportunizar a produção de prova requerida, qual seja, a oitiva de testemunhas, em virtude da violação ao princípio do contraditório e ampla defesa.

A preliminar não deve ser acolhida.

Sabe-se que o juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele indeferir aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 130 do CPC. Se as provas constantes nos autos são suficientes para formar o livre convencimento motivado do julgador a respeito da questão, torna-se desnecessária a produção de outras provas.

Portanto, se o processo encontra-se apto a ser julgado e o magistrado entende ser dispensável a produção de outras provas, a prolação da sentença é medida que se impõe, à vista dos princípios da economia e da celeridade processual.

Nesse sentido entende a jurisprudência:

> É soberano o juiz em seu livre convencimento motivado ao examinar a necessidade da realização de provas requeridas pelas partes, desde que atento às circunstâncias do caso concreto e à imprescindível salvaguarda do contraditório. (STJ, REsp n. 1.067.438/RS, Terceira Turma, Relª Minª. Nancy Andrighi, julgado em 3.3.2009).
>
> O julgamento antecipado da lide não caracteriza nulidade de sentença por cerceamento de defesa quando o magistrado tiver elementos suficientes para proferir sua decisão. (TJMS, AC n. 2010.024809-6, Segunda Turma, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 5.10.2010).
>
> Não há falar em cerceamento de defesa, se as provas constantes nos autos são suficientes para formar o convencimento motivado do juiz a respeito da questão. (TJMS, AC n. 2009.011160-9, Primeira Turma, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 5.10.2010).

Devo destacar que respeitar e observar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório significa oportunizar todas as possibilidades de produção de provas úteis à parte e ao seguro julgamento da lide. Não serve a garantia constitucional para postergar o rito ao alvitre da parte interessada. Assim, entendo que o juiz sentenciante não prejudicou a apelante ao julgar antecipadamente a lide, considerando que este é o destinatário final das provas, entendendo que existiam elementos suficientes para o seguro julgamento da demanda.

Com tais considerações, rejeito a preliminar.

Da ilegitimidade passiva.

Tenho que não assiste razão à apelante.

A conjugação dos artigos 9º e 12º, ambos da Lei n. 4.591/1964, bem como a previsão do parágrafo segundo do artigo 1.334 do Código Civil, permite concluir que o condômino a quem a lei impõe o dever de contribuir com as despesas do condomínio é o proprietário, promitente comprador, cessionário ou promitente cessionário dos direitos pertencentes à aquisição da unidade autônoma.

Dessa forma, é induvidoso que a Lei n. 4.591/64 confere ao condomínio a faculdade de dirigir a ação de cobrança de taxas condominiais tanto contra aquele em nome de quem o imóvel estiver registrado no ofício imobiliário, quanto contra o promitente comprador, o cessionário ou promitente cessionário do imóvel.

Contudo, os Tribunais pátrios têm reconhecido a legitimidade do promitente comprador para figurar no polo passivo da ação de cobrança de taxa de condomínio, desde que reste demonstrada nos autos a efetiva posse do adquirente sobre o bem e que o Condomínio tenha conhecimento da alienação, ainda que inexista registro do contrato perante a matrícula do imóvel.

Sobre a questão, trago recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COBRANÇA DE TAXAS DE CONDOMÍNIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. COMPROVAÇÃO DA POSSE DO IMÓVEL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO CONDOMÍNIO QUANTO À ALIENAÇÃO DO IMÓVEL.
>
> 1. Na hipótese de existência de promessa de compra e venda, a responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente comprador quanto sobre o promissário vendedor, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto.
>
> 2. Não havendo comprovação da posse do promitente comprador nem da ciência do condomínio quanto à alienação do imóvel, deve-se reconhecer a legitimidade passiva do promissário vendedor para compor o pólo processual.
>
> 3. Agravo regimental desprovido. (AgReg no Ag n. 1337466/MG, 2010/0138946-6, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17.5.2011).

In casu, muito embora a recorrente tenha alienado o imóvel, conforme consta do contrato de compromisso de compra e venda (f. 117), observa-se que o Condomínio não fora informado sobre tal circunstância, tanto que todos os boletos de cobrança foram emitidos em nome da apelante, devendo, assim, ser considerada parte legítima para ação de cobrança que pleiteia a taxa de condomínio.

Ora, não se pode deduzir que o Condomínio tinha ciência da transferência do imóvel para outrem, pois a pessoa pode estar ocupando o imóvel a título de locação ou até por comodato gratuito.

Portanto, fica caracterizada a legitimidade passiva do proprietário de imóvel que não comunica ao condomínio credor a alienação do bem através de contrato de compromisso de compra e venda com terceiro não registrado.

Nesse sentido:

> CIVIL. RESP. AGRAVO REGIMENTAL. CONDOMÍNIO. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. COTAS EM ATRASO. COBRANÇA FEITA AO ANTIGO CONDÔMINO. IMÓVEL ALIENADO MEDIANTE CONTRATO NÃO REGISTRADO. VALORES RELATIVOS A PERÍODO POSTERIOR. FALTA DE COMUNICAÇÃO AO CONDOMÍNIO. RESPONSABILIDADE DO ANTIGO PROPRIETÁRIO.
>
> Remanesce a legitimidade passiva do proprietário de imóvel que não comunica ao condomínio credor a alienação do bem através de contrato de compromisso de compra e venda com terceiro não registrado.
>
> Agravo parcialmente provido para determinar a continuidade do processo em primeiro grau. (AgReg no REsp n. 660.325, DF (2004/0087545-2), Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 18.8.2005).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – DESPESAS CONDOMINAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* – CIÊNCIA DO CONDOMÍNIO SOBRE A TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL – NÃO-OCORRÊNCIA – PRELIMINAR REJEITADA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Analisando a fundo a questão, entendo que a preliminar de ilegitimidade passiva alegada não encontra fundamentos, visto que, consoante o que foi juntado aos autos, vislumbra-se que o Condomínio não tinha ciência da venda ou transferência do imóvel para terceiros. (AC n. 2011.012209-4, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 17.5.2011).

Como visto, somente poderia ser acatada a preliminar de ilegitimidade neste caso, se houvesse a ciência inequívoca do Condomínio sobre a venda do imóvel, o que não ocorreu.

Por tais razões, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, 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, 19 de outubro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.030522-7 - Ponta Porã
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MANDADO DE PRISÃO CÍVEL – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO PROCURADOR DA EXECUTADA – CIÊNCIA INEQUÍVOCA – ILEGALIDADE DA PRISÃO – AFASTADA – DANOS MORAIS INEXISTENTES – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em prisão ilegal, em razão de que o mandado de prisão não poderia ter sido cumprido, uma vez que deveria ser aguardada a intimação do patrono da autora, se restou demonstrado que este teve ciência inequívoca do *decisum* (manifestando-se, inclusive, acerca do ocorrido), ao passo que desde então qualquer nulidade acerca da ausência da intimação ficou sanada, afastando, assim, qualquer indenização por danos morais.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de dezembro de 2011.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Trata-se de recurso de apelação interposto por Luciana Matoso Rodrigues contra sentença prolatada nos autos da ação de indenização por danos morais, que move em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Afirma ter sido ilegal a sua prisão, em razão de ter sido cumprida em atendimento a mandado de prisão que não mais poderia subsistir, já que anulado por ausência de formalidade essencial ao ato, qual seja, a publicação do ato ao seu patrono, tolhendo, então, seu direito ao duplo grau de jurisdição, ou mesmo a possibilidade de adimplir o débito reclamado, evitando, assim, sua prisão.

Entende que, ainda que se avente ter sido o mandado de prisão corretamente decretado por sentença judicial, sua expedição deu-se sem a necessária intimação de seu patrono, gerando, por certo, o dever de ser indenizada pelos danos morais sofridos.

Por fim, alega que *"a indenização deverá ser exemplar, não somente pela situação prisional da Recorrente, em razão de mandando de prisão civil eivado de ilegalidade flagrante, mas também pela peculiaridade do caso, qual seja, em razão de ter sido preso em seu local de trabalho e na presença de diversas pessoas de seu círculo social."* (f. 170)

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 387-92.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Luciana Matoso Rodrigues, inconformada com a sentença proferida pelo Juízo singular que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais que move em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, apela a este Tribunal.

Nos termos do art. 234 do Código de Processo Civil, a *"Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que se faça ou deixe de fazer alguma coisa."*

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

> A ciência inequívoca do participante do processo a respeito de determinado ato processual pode, contudo, fazer dispensável a sua intimação. (**Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2008, p. 233)

Então, depreende-se que o espírito da lei não é outro senão o de dar ciência de determinado ato, para que a parte possa, de acordo com seu juízo, praticar outro ato, ou simplesmente deixar de fazer algo. É da essência da lei que haja a ciência do ato, de modo que a ciência inequívoca pode inclusive tornar dispensável a intimação.

In casu, conforme se verifica dos autos, o patrono da apelante, na data de 22.4.2008, manifestou-se nos autos (f. 59-60) acerca da ausência de sua intimação. Ora, não restam dúvidas de que, bem antes do cumprimento do mandado de prisão (que se deu em 16.6.2008), o patrono da apelante já tinha ciência inequívoca quanto ao teor da decisão que deixou de acolher os argumentos da executada, ora apelante, e decretou, por conseguinte, sua prisão civil.

Nesse caminho, trago trecho da bem fundamentada sentença (f. 154):

> Destarte, em que pese o argumento lançado pela parte autora no sentido de que o mandado de prisão não poderia ter sido cumprido, vez que deveria ser aguardada a intimação do patrono da executada/autora, tenho-a como insubsistente, posto que demonstrou ter ciência inequívoca do *decisum* (manifestando-se, inclusive, acerca do ocorrido), ao passo que desde então qualquer nulidade acerca da ausência da intimação ficou sanada.
>
> No ponto, anoto que embora tenha o D. Juízo do feito executivo determinado a publicação da decisão que decretou a prisão civil da parte autora - (f. 63), consigno que não há que cogitar em "reconhecimento tácito de nulidade processual" - (f. 108), sobretudo porque "O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados" (CPC, art. 249) e, nesse particular, apenas determinou a publicação da decisão, sem fazer qualquer menção acerca da decretação da prisão civil ou mesmo do recolhimento do mandado de prisão expedido.
>
> No mais, importante registrar que ao responder uma ação executiva de prestação alimentícia (CPC, art. 733), indubitável que ao não efetuar o pagamento do débito alimentar, mesmo apresentado uma justificativa, os riscos da prisão civil são evidentes, ao ponto de não causar qualquer surpresa ao executado.

> [...]
>
> Logo, apurado não ter havido qualquer irregularidade no tocante ao processo executivo (feito n. 004.04.003348-5/Amambai-MS), do qual se originou a expedição de mandado de prisão cível levada a cabo em face da parte autora, não há que se cogitar, no caso vertente, de prisão ilegal ou mesmo de constrangimento decorrente dela, de modo que não procede a indenização por danos morais.

Ademais disso, pelo princípio da instrumentalidade das formas, temos que a existência do ato processual não é um fim em si mesmo, mas instrumento utilizado para se atingir determinada finalidade. Dentro desse contexto, a instrumentalidade das formas processuais surge como princípio destinado a abrandar a rigidez das formas processuais e tornar o processo mais racional e menos formalista, em conformidade com os reais anseios da sociedade.

Desta forma, a simples violação de regra processual não leva *in continenti* à aplicação da nulidade. Assim, por regra geral do Código de Processo Civil, não se dá valor à nulidade se dela não resultou prejuízo para as partes, pois *pas de nulitte sans grief*.

Como visto, ouve ciência inequívoca do patrono da apelante, não restando configurado nenhum dano que possa ser alegado, inexiste, portanto, o dever de indenizar.

Por tais razões, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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

Campo Grande, 7 de dezembro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.007746-9 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO – PROTEÇÃO POSSESSÓRIA – IMÓVEL DE DOMÍNIO PÚBLICO – ÁREA ONDE FUNCIONAVA ALBERGUE NOTURNO – POSSE NÃO CONFIGURADA – MERA DETENÇÃO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO INAUGURAL E DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO CONTRAPOSTO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE DEFERIDA AO MUNICÍPIO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Não se defere a proteção possessória a quem ocupa irregularmente o imóvel de domínio público, hipótese em que não há falar em posse, mas mera detenção, por tolerância do poder público, este sim, sujeito passivo do esbulho praticado pelo particular que insiste em ocupar a área, a despeito do encerramento das atividades do albergue noturno, de cuja administração estava incumbida a ex-empregadora dos demandantes. A justificativa para a detenção do bem – eventuais direitos trabalhistas inadimplidos – não tem nenhuma relação com o demandado tampouco com o imóvel objeto do pleito possessório.

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, 22 de novembro de 2011.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Joelso Correia da Silva e Tânia Correa**,** inconformados com a sentença que, na Ação de Interdito Proibitório[1] que promovem em desfavor do Município de Campo Grande, julgou improcedente a pretensão inicial e procedente o pedido contraposto, determinando a reintegração do requerido na posse do imóvel descrito na inicial, e condenou os autores ao pagamento das custas processuais, deferidas na forma do art. 12 da Lei n. 1.060/50, deixando de condená-los ao pagamento de honorários advocatícios, interpõem recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Devolvem ao exame desta Corte de Justiça as seguintes teses: (a) que ocupam o imóvel desde 1990; (b) que inicialmente o imóvel estava registrado em nome da empregadora do autor, a qual lhe deve o valor de R$ 126.000,00 (cento e vinte e seis mil reais), conforme ação trabalhista em curso perante a 2ª Vara Federal do Trabalho da Capital (Autos n. 0094400-94.2009.5.24.0002); (c) que, para se esquivar do pagamento do débito

1 Autos n. 0007326-52.2010.8.12.0001, da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande.

trabalhista, a empregadora efetuou a doação do imóvel ao município apelado para abatimento de dívida; (d) que não possuem outro imóvel para residir com sua família; (e) que o apelado nunca esteve na posse do imóvel em questão, tendo obtido o registro através de doação. Pedem provimento ao recurso, a fim de mantê-los na posse do imóvel, determinando-se a nulidade da reintegração de posse ao apelado.

Contrarrazões do apelo, manifestando-se pelo seu desprovimento (f. 61-5).

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Joelso Correia da Silva e Tânia Correa contra a sentença de f. 42-8 que, na Ação de Interdito Proibitório que promovem em desfavor do Município de Campo Grande, julgou improcedente a pretensão inicial e procedente o pedido contraposto, determinando a reintegração do requerido na posse do imóvel descrito na inicial, e condenou os autores ao pagamento das custas processuais, deferidas na forma do art. 12 da Lei n. 1.060/50, deixando de condená-los ao pagamento de honorários advocatícios.

Depreende-se dos autos que os autores da ação são ocupantes do imóvel situado na esquina da Avenida Afonso Pena com a Rua Visconde de Taunay, n. 203, no Bairro Amambaí, nesta Capital, no local conhecido como albergue municipal.

Em virtude de terem sido notificados pelo Município de Campo Grande (f. 12), em 14 de julho de 2009, para desocupar o imóvel no prazo de 72 (setenta e duas) horas, os ora recorrentes promoveram a presente ação, com pedido de liminar, objetivando a expedição de mandado proibitório definitivo, bem como para que fossem mantidos na sua posse, alegando que são legítimos detentores dela desde o ano de 1990.

A liminar foi indeferida (f. 15-7), sob o fundamento de que *"constata-se, assim, em cognição sumária, que a suposta fixação da residência dos autores no imóvel, isoladamente considerada, não é protegida pelo ordenamento jurídico."* (trecho de f. 17).

Citado, o Município requerido apresentou sua contestação, aduzindo em sua defesa: (a) **Preliminarmente**: carência de ação, pela impossibilidade jurídica do pedido; que os autores são partes ilegítimas para figurar no polo ativo, visto que nunca tiveram a posse do imóvel objeto dos autos; que lhes falta o interesse de agir, pois só o dano ou perigo de dano pela existência de uma lide autoriza o exercício do direito de ação. (b) No **mérito**, sustenta que: é proprietário do imóvel descrito na inicial, conforme faz prova o Protocolo n. 127600, que versa sobre a abertura de matrícula imobiliária do lote 188, da quadra 14, no Bairro Amambaí; a abertura da matrícula do imóvel deu-se em razão do julgamento da ação de suscitação de dúvida inversa (Autos n. 001.09.057498-3); os autores não possuem justo título e estão se beneficiando do bem de domínio público por anos, sem ônus algum; existe para o imóvel um projeto de interesse público, que não pode ser prejudicado por interesses particulares; a notificação enviada aos autores consubstancia-se em exercício regular de um direito; nunca transmitiu a posse do imóvel aos autores da ação. Pediu o acolhimento das preliminares e, no mérito, o julgamento de improcedência do pedido, convertendo-se o pleito em reintegração de posse em seu favor (f. 24-31).

Na impugnação à contestação (f. 38-41), os autores alegam que as preliminares não devem ser acolhidas, pois mantêm a posse do imóvel por mais de cinco anos, na condição de funcionários do legítimo proprietário; que são partes legítimas para figurarem no polo ativo, uma vez que são guardiões do imóvel e zelam pela sua conservação; que o interesse de agir está demonstrado pelo fato de que se encontram em situação de risco, na iminência de serem despejados.

Sobreveio, então, a sentença recorrida de f. 42-8, de julgamento de improcedência do interdito proibitório e de procedência do pedido contraposto, na qual se determinou a reintegração imediata do Município de Campo Grande na posse do imóvel descrito na inicial, louvando-se o juiz da causa no seguinte fundamento, *in verbis*:

> O Município prova a propriedade do imóvel, conforme documento de f. 32-5, assim, não assiste razão aos autores quando afirmam que o imóvel é de propriedade da Associação que mantinha o Albergue.
>
> Os autores foram notificados para desocupar o imóvel na data de 14.7.2009, vez que estão ocupando irregularmente o imóvel, conforme documentos de f. 12.
>
> A posse dos autores, repita-se, é injusta e não há título que justifique a sua manutenção em imóvel público, sem observância dos preceitos legais.
>
> Em suma, a natureza precária da posse dos autores não encontra amparo no Ordenamento Jurídico e permite seja o Município reintegrado na posse direta do imóvel. (trecho da sentença - f. 47-8).

Com efeito, entendo que a pretensão recursal não prospera.

O Código Civil, em seu artigo 1.210, estabelece o direito do possuidor de ser segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

O estatuto processual civil, por sua vez, trata igualmente da matéria em seu artigo 932, dispondo que: *"O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito."*

Todavia, a hipótese dos autos escapa da prescrição legal, na medida em que os autores da ação nem sequer podem ser considerados possuidores do imóvel, visto que o Município apelado demonstrou que exerce a posse do imóvel desde a década de 1940, com suporte em uma escritura de doação datada de 8 de julho de 1947 (f. 32-3).

Aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se posicionou a respeito da questão ora debatida, manifestando-se no sentido de que a ***"ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção."*** (AgReg no REsp n. 799.765-DF (2005/0195219-3), Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.12.2009, DJ de 4.2.2010) - destaquei.

Os autos dão conta de que os apelantes iniciaram o exercício da posse em nome de outrem, não havendo nenhuma comprovação de que essa situação de fato foi alterada.

De acordo com a inicial, sustentam os autores da ação que se encontram na posse do imóvel desde 1990, na condição de funcionários da empresa Organização Abnegados de Mato Grosso, ocasião em que esta administrava o albergue noturno, tendo a posse do imóvel sido destinada para o exercício dessa atividade específica.

Na verdade, a posse exercida nessas condições, longe de caracterizar o direito de posse, constitui-se em mera detenção, devido à tolerância do Poder Público, este, sim, sujeito passivo do esbulho praticado pelo particular que insiste em ocupar a área, a despeito do encerramento das atividades do albergue noturno.

Essa, aliás, é a dicção do artigo 1.208 do Código Civil ao dispor que: *"Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade."*

No caso, enquanto permaneceu em funcionamento o albergue, a posse dos apelantes era justa, em razão da relação de dependência com aquela que verdadeiramente a exercia perante o apelado – a empresa que administrava o abrigo –, porém, uma vez cessadas as atividades do albergue, a posse tornou-se precária e injusta, inexistindo razão jurídica para a permanência dos apelantes no local. Daí a notificação de irregularidades promovida pela fiscalização do Município apelado (f. 12).

A justificativa dos apelantes para a detenção do bem – eventuais direitos trabalhistas inadimplidos – não tem nenhuma relação com o demandado tampouco com o imóvel objeto do pleito possessório. Portanto, não há como declarar-se o direito à proteção possessória, visando a cessar a ameaça de turbação, a quem não demonstrou, em momento algum, o direito de posse da área em litígio.

Ao discorrer sobre o assunto, eis como preleciona ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, em comentário ao art. 1.208 do Código Civil, *in verbis*:

> Há de se afastar qualquer semelhança entre a posse violenta que decorre do não-atendimento do ato de entrega, quando, nos atos de mera permissão ou tolerância, o possuidor, manifestando sua vontade de não mais permitir ou tolerar, recebe resistência do detentor. Neste caso, não há precariedade, mas violência, e, se for o caso, até clandestinidade, porque, se não havia qualquer transferência de posse, não há que se falar em devolução. Não sendo caso de devolução, mas de simples ocupação, precariedade, mas forma diversa de adquirir posse que nunca existiu. Em tal hipótese, a recalcitrância em continuar no uso permitido ou tolerado da coisa é aquisição desautorizada que permite, inclusive, o desforço incontinenti. (**Comentários ao Novo Código Civil:** da Posse, art. 1.196 a 1.224. Rio de Janeiro:Forense, 2007. p. 141-2. v. 15).

> A propósito, confiram-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> BEM PÚBLICO. OCUPAÇÃO INDEVIDA. DIREITO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. PRECEDENTES DA CORTE.

> 1. **Configurada a ocupação indevida de bem público, não há falar em posse, mas em mera detenção, de natureza precária**, o que afasta o direito de retenção por benfeitorias.

> 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 699374/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 22.3.2007, DJ de 18.6.2007, p. 257) – destaquei.

> EMBARGOS DE TERCEIRO – MANDADO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA – INEXISTÊNCIA DE POSSE – DIREITO DE RETENÇÃO NÃO CONFIGURADO.

> 1. Posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário. Posse e propriedade, portanto, são institutos que caminham juntos, não havendo de se reconhecer a posse a quem, por proibição legal, não posse ser proprietário ou não possa gozar de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

> 2. **A ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção.**

> 3. Se o direito de retenção depende da configuração da posse, não se pode, ante a consideração da inexistência desta, admitir o surgimento daquele direito advindo da necessidade de se indenizar as benfeitorias úteis e necessárias, e assim impedir o cumprimento da medida imposta no interdito proibitório.
>
> 4. Recurso provido. (REsp n. 556721/DF, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 15.9.2005, DJ de 3.10.2005, p. 172) – destaquei.

Logo, escorreita a sentença que julgou improcedente o pleito de interdito proibitório e procedente o pedido contraposto de reintegração de posse da área ao Município de Campo Grande, deferida contra os esbulhadores.

Saliente-se que as demais questões invocadas no apelo acerca de eventuais débitos trabalhistas envolvendo a ex-empregadora dos autores da ação, ora apelantes, porque não estão relacionadas com o mérito desta demanda, não podem ser resolvidas no âmbito deste recurso.

Forte nessas considerações, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, mantendo intocada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

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

Campo Grande, 22 de novembro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.008146-8 - Três Lagoas
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PROPRIETÁRIA DO IMÓVEL PENHORADO – CONTRATO DE COMPRA E VENDA FIRMADO ANTERIORMENTE À CONSTRIÇÃO – PENHORA NÃO REGISTRADA – AQUISIÇÃO POR TERCEIRO DE BOA-FÉ – FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADA – SÚMULA N. 375/STJ – LEVANTAMENTO DA PENHORA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Se, por ocasião da celebração do contrato de compra e venda do imóvel, não estava registrada a penhora, deve ser considerada eficaz a alienação a terceiro de boa-fé do bem pertencente ao executado, expurgando-se a alegação de fraude à execução. Incidência da Súmula n. 375 do STJ.

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, 22 de novembro de 2011.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Hotel Três Lagoas Ltda. – ME –, inconformado com a sentença que, nos autos da Ação de Embargos de Terceiro[1] opostos por Mirian Deise Guedes**,** julgou procedentes os pedidos para determinar o levantamento da penhora incidente sobre o imóvel da embargante e extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC, sem custas e honorários advocatícios, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Devolve à apreciação desta Corte de Justiça as seguintes teses: (a) a sentença recorrida é contraditória com os fundamentos apresentados, já que a boa-fé da adquirente não está comprovada nos autos, pois nem sequer exigiu uma certidão de matrícula do imóvel para saber a quem pertencia; (b) a sentença contrariou as provas apresentadas, de que houve fraude à execução, visto que o devedor nada mais possui em seu nome; (c) o negócio jurídico é nulo, por não se revestir da forma legal e porque os atos foram praticados na iminência da penhora, com intuito de fraudar a credora; (d) a apelada deve ser condenada ao pagamento do ônus da sucumbência. Pede provimento ao recurso para julgar improcedentes os embargos de terceiro, conferindo validade à penhora do imóvel.

1 Autos n. 0001928-35.2008.8.12.0021, da 4ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas.

A apelada apresentou suas contrarrazões ao recurso, pugnando pela manutenção da sentença recorrida (f. 130-2).

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Hotel Três Lagoas Ltda. – ME – contra a sentença de f. 98-102 que, nos autos da Ação de Embargos de Terceiro opostos por Mirian Deise Guedes**,** julgou procedentes os embargos para determinar o levantamento da penhora incidente sobre o imóvel da embargante e extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC, sem custas e honorários advocatícios, diante da natureza da ação de cumprimento de sentença.

Recurso em condições de ser conhecido.

No mérito, entendo que não prospera a irresignação recursal.

Depreende-se dos autos que a embargante, ora apelada, promoveu esta Ação de Embargos de Terceiro, valendo-se da prerrogativa de possuidora e adquirente do imóvel matriculado sob n. 4.977, do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Três Lagoas (f. 9), para afastar a constrição levada a efeito nos autos da Ação de Cumprimento de Sentença n. 021.06.000728-2/0001, que o Hotel Três Lagoas Ltda. – ME – move em desfavor de Frutuoso Quintino Leal e Filinto Marques Garcia.

Consoante ressaltado na sentença guerreada, *"**não há qualquer motivo para se concluir que a Embargante tivesse conhecimento de que contra o vendedor havia um procedimento judicial, visando ao pagamento de aluguéis vencidos, não havendo registro da penhora ou prova da má-fé da Embargante que pudesse caracterizar a fraude à execução**."* (trecho da sentença – f. 100 - destaquei).

Essa conclusão é consentânea com as provas colacionadas aos autos, pois, quando a apelada efetuou a compra do imóvel, este não possuía qualquer gravame em sua matrícula (f. 9-14), evidenciando que se trata de terceiro de boa-fé.

As alegações do apelante insinuam no sentido de que supostamente houve um acordo orquestrado entre o executado e a embargante, o que teria contado com a conivência do Oficial do Cartório de Registro de Imóveis local (f. 118 da peça recursal), tudo com o propósito de fraudar à execução e prejudicá-lo no recebimento de seu crédito.

Todavia, não é o que se observa do processo tampouco como concluiu o magistrado singular, cuja decisão, peço vênia para transcrever uma vez mais, por sua juridicidade e clareza, sobretudo porque está totalmente **respaldada na prova produzida na ação de cumprimento de sentença** (n. 021.06.000728-2/0001), cujos autos foram desapensados destes, por determinação judicial (f. 101 da sentença, último parágrafo):

> [...] Analisando os autos constata-se que a ação de cumprimento de sentença foi ajuizada em 11.5.2007. A citação do Executado ocorreu em 22.6.2007 (f. 28 – autos n. 021.06.000728-2/001).
>
> O contrato de compromisso de Compra e Venda do imóvel foi firmado em 18.5.2007, entre a Embargante e a Sra. Luciane Miranda da Silva.

> A penhora foi efetivada em 8.2.2008, ocasião em que o Executado Filinto Marques Garcia informou ter doado o imóvel a sua sobrinha (f. 53 – autos n. 021.06.000728-2/001). Evidente, pois, o conhecimento do Executado sobre a existência da ação e sua obrigação de pagar a quantia de natureza indenizatória. Clarividente sua má-fé.
>
> Todavia, não há qualquer indício de que a Embargante tivesse conhecimento da atitude sorrateira do Executado.
>
> Primeiro porque adquiriu o imóvel no ano de 2007, sendo que figurava como contribuinte do imposto predial urbano até a data de 10.8.2007 o Sr. Valdir Custódio (f. 15) e, posteriormente, em 11.9.2007, o Executado (f. 20). Em 19.9.2007 foi registrada a venda do imóvel à Embargante (f. 9).
>
> A boa-fé, no presente caso, socorre a Embargante, não se podendo exigir dela outras cautelas para evitar a aquisição do imóvel, **mormente porque não estava registrada a penhora, cujo termo de penhora data somente de 22.1.2008** (f. 54 – Autos n. 021.06.000728-2/001). (trecho da sentença – f. 99-100 - destaquei).

Portanto, não restou comprovado um requisito importante para a configuração de fraude à execução, qual seja, **a averbação da penhora na matrícula do imóvel**, de acordo com a Súmula n. 375 do Superior Tribunal de Justiça: *"O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente."*

Nesse sentido:

> PROCESSO CIVIL. FRAUDE DE EXECUÇÃO (CPC, ART. 593-II). ALIENAÇÃO APÓS A CITAÇÃO, MAS ANTERIOR A CONSTRIÇÃO. CIÊNCIA DO ADQUIRENTE DA DEMANDA EM CURSO. ÔNUS DO CREDOR. PROVA. RECURSO ACOLHIDO.
>
> I – [...].
>
> II – Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso. [...] (STJ, REsp n. 489346/MG,- 2002/0174925-3, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 6.5.2003, DJ de 25.8.2003).

Assim, não há presumir que as partes, executado e embargante, agiram em conluio, encontrando-se pacificado o entendimento de caber ao credor o ônus de comprovar a má-fé do terceiro, sendo insuficiente o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado, uma vez que não pode o terceiro de boa-fé ser prejudicado, pela falta do registro da penhora.

Aliás, é notório que a boa-fé se presume; a má-fé é que necessita de comprovação, do que não logrou se desincumbir o embargado, ora apelante. Vale dizer, somente o registro da penhora constitui presunção absoluta de conhecimento por terceiros.

Portanto, nos termos do § 4º do art. 659 do Código de Processo Civil, deveria o exequente ter providenciado a inscrição da penhora no registro imobiliário, para eliminar a possibilidade de arguição do terceiro sobre aquisição efetuada de boa-fé:

> Art. 659. [...]
>
> § 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.

Nesse sentido o juízo externado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira no julgamento do Recurso Especial n. 186.633-MS:

> Para a caracterização da fraude de execução, relativa à alienação de bem constrito, é indispensável a inscrição do gravame no registro competente, cabendo ao exeqüente, na ausência desse registro, provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem.

A respeito, os julgados desta Corte de Justiça:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL – ALIENAÇÃO DO IMÓVEL PERTENCENTE AO DEVEDOR – PENHORA NÃO REALIZADA – REGISTRO DA PENHORA, CONSEQUENTEMENTE, INEXISTENTE – FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.
>
> I) A inexistência de penhora ao tempo do negócio e, principalmente, a inexistência de registro dela, se tivesse sido realizada, evidenciam a inexistência de má-fé do alienante, impondo-se a manutenção do negócio jurídico que validamente celebrou, de venda de imóvel pertencente ao seu acervo patrimonial, de vez que fraude à execução, em situação tal, não ocorreu.
>
> II) Inteligência e aplicação da Súmula n. 375 do STJ que diz que "o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente", circunstâncias inexistentes na espécie.
>
> III) Recurso conhecido provido para tornar insubsistente a decisão recorrida e restabelecer em sua completude a eficácia do negócio jurídico celebrado pelo agravante. (Ag n. 2011.006785-3, Aquidauana, Quarta Turma Cível, Rel. designado Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 27.7.2011).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – ALIENAÇÃO DE IMÓVEL PENHORADO – DECLARAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO – NEGLIGÊNCIA DO EXEQUENTE – AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO DA PENHORA NO REGISTRO IMOBILIÁRIO – NÃO COMPROVAÇÃO DA CIÊNCIA DA CONSTRIÇÃO – PRESUNÇÃO DA BOA-FÉ DO ADQUIRENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Para caracterização da fraude à execução, não estando a penhora registrada no cartório de registro de imóvel, cabe ao credor provar a ausência de boa-fé do terceiro adquirente, ou seja, que ele tinha conhecimento da constrição sobre o imóvel adquirido. (AC n. 2010.003373-2, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 14.9.2010).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO – AFASTADA – FRAUDE À EXECUÇÃO – INOCORRÊNCIA – IMÓVEL ADQUIRIDO DE BOA-FÉ – AUSÊNCIA DE REGISTRO DA PENHORA – DESCONHECIMENTO DA INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MANTIDOS – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Se o recurso ataca de forma clara e específica os motivos de fato e de direito pelos quais se pretende a reforma da decisão, não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.
>
> Tendo em vista a ausência do registro da penhora do bem na data de sua alienação, bem como desconhecimento da insolvência do alienante, não há falar em fraude à execução, já que se presume ter o terceiro adquirido o imóvel de boa-fé, não podendo ser prejudicado.

> Mantêm-se os honorários advocatícios fixados na sentença quando forem arbitrados consoante apreciação eqüitativa do magistrado, e desde que atendidas as regras das alíneas a, b e c, do § 3º, do art. 20, do Código de Processo Civil. (AC n. 2008.035090-9, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 15.6.2010).

Logo, como não houve a inscrição do gravame no registro competente tampouco a comprovação de má-fé da embargante, escorreita a sentença de primeiro grau ao acolher os embargos opostos para determinar o levantamento da penhora incidente sobre o imóvel da embargante-apelada.

Forte nessas considerações, conheço do recurso, mas lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

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

Campo Grande, 22 de novembro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.029956-0 - Naviraí
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO SUMÁRIO – HOMOLOGAÇÃO, POR SENTENÇA, DO PLANO DE PARTILHA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA ANALISADA EM CONJUNTO COM O MÉRITO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA – DESNECESSIDADE - COBRANÇA DE TRIBUTOS (ITCD) INCIDENTES SOBRE OS BENS DO ESPÓLIO – QUESTIONAMENTO RESERVADO PARA A VIA ADMINISTRATIVA OU PARA AÇÃO APROPRIADA – ART. 1.034 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Em nome da economia e da celeridade processuais, é prescindível a intimação da Fazenda Pública para o procedimento do arrolamento sumário, sobretudo se o legislador lhe reservou valer-se da via administrativa ou de ação adequada para realizar a cobrança de eventuais impostos de sua competência, razão pela qual não se acolhe a alegação de nulidade da sentença que a dispensou, a teor do artigo 1.034 do Código de Processo Civil.

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, 8 de novembro de 2011.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida nos autos da Ação de Arrolamento Sumário[1] ajuizada por Antonia Rodrigues Cabral**,** que homologou o plano de partilha de f. 2-5 e, considerando a renúncia abdicativa dos herdeiros, adjudicou à requerente, em sua totalidade, o bem imóvel objeto da Matrícula n. 14.312 do CRI local.

Devolve à apreciação desta Corte de Justiça as seguintes teses: (I) Preliminar de nulidade da sentença, por violação ao princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, diante da ausência de intimação prévia da Fazenda Pública para fiscalizar o regular pagamento dos tributos, conforme o artigo 140 do Código Tributário Estadual. (II) No **mérito**, alega que: **(a)** o feito não poderia ser extinto antes de ter sido ouvida a Fazenda Pública quanto à isenção tributária vindicada pela inventariante-apelada; **(b)** a isenção é conferida somente nos casos em que, sendo um único bem imóvel a inventariar, de natureza urbana, apresente construção residencial de padrão popular ou inferior e seja utilizado como habitação pelos herdeiros; **(c)** o recolhimento do ITCD é devido ao Estado de Mato Grosso do Sul como condição legal para a expedição dos formais de partilha, na forma do art. 1.031, *caput* e § 2º, do Código de Processo Civil.

1 Autos n. 0004401-96.2010.8.12.0029, da 1ª Vara da Comarca de Naviraí.

Pede provimento ao recurso no sentido de acolher a preliminar de nulidade da sentença combatida, tornando-a insubsistente, para que a Fazenda Pública se manifeste acerca da isenção tributária postulada pela recorrida. No mérito, superada a preliminar, pugna pelo provimento do recurso para reformar a sentença de f. 51, intimando-se a inventariante para efetuar o pagamento do ITCD, nos termos do art. 127 do Código Tributário Estadual, por não se configurar a isenção tributária. Pede também o prequestionamento expresso de todos os dispositivos legais apontados nas razões recursais.

A apelada apresentou contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 70-5).

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença de f. 51, proferida nos autos da Ação de Arrolamento Sumário ajuizada por Antonia Rodrigues Cabral**,** que homologou o plano de partilha de f. 2-5 e, considerando a renúncia abdicativa dos herdeiros, adjudicou à requerente, em sua totalidade, o bem imóvel objeto da Matrícula n. 14.312 do CRI local.

Por se confundir com o mérito recursal, passo a analisar, em conjunto, a preliminar de nulidade da sentença sustentada pela recorrente.

Com efeito, a autora ajuizou Ação de Arrolamento Sumário dos bens deixados por sua mãe Osvaldina Rodrigues Cabral, falecida em 25.4.2009, tendo como herdeiros cinco filhos maiores e capazes e um único bem a inventariar, consistente no imóvel residencial urbano objeto da Matrícula n. 14.312, do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Naviraí, com área construída de 52,25 m2, edificada no Lote n. 9 da Quadra n. 3, com área total de 240,00 metros quadrados, cujo valor venal do exercício de 2010 é de R$ 10.430,00 (dez mil e quatrocentos e trinta reais).

O juiz da causa deferiu a abertura e processamento do inventário, pelo rito de arrolamento sumário, nos termos do art. 1.031 e seguintes do CPC, haja vista serem todos os herdeiros maiores e capazes e entre eles haver transigência (f. 44).

Como os herdeiros Ailtom Gomes Cabral, Maria Aparecida Cabral, Ailton Rodrigues Cabral e Ademilson Rodrigues Cabral renunciaram aos direitos sobre o referido bem, em favor do monte, consoante os termos de renúncia de f. 35-8, o julgador singular determinou a lavratura do termo de renúncia de direitos hereditários em Juízo, o que foi providenciado à f. 49.

Sobreveio, então, a sentença de f. 51, cuja transcrição é imperativa para a melhor compreensão da demanda, *in verbis*:

> Autos n. 0004401-96.2010.8.12.0029
>
> Vistos...
>
> Uma vez verificado que toda a documentação necessária encontra-se nos autos e em termos, bem como demais requisitos da espécie, **HOMOLOGO, por sentença,** para que produza seus jurídicos e legais efeitos, o plano de partilha descrito na exordial de f. 2-5, com as cláusulas ali constantes, e, face a renúncia abdicativa dos herdeiros, conforme termo de f. 49, ADJUDICO, em sua totalidade, o bem imóvel descrito nos autos, objeto da matrícula n. 14.312 do CRI local, à ANTONIA RODRIGUES CABRAL, salvo erro ou omissão e ressalvados direitos de terceiros.

> Sem custas.
>
> Dê-se vista à Fazenda do Estado para conhecimento, lembrando que, tratando-se de arrolamento sumário, qualquer questão relativa a cobrança de tributos incidente sobre os bens do Espólio deve ser resolvida na esfera administrativa ou em ação própria (art. 1034 do CPC).
>
> Uma vez expedido o formal e sendo todos beneficiários da justiça gratuita, desde já fica determinado o arquivamento dos autos, com baixa, mediante cautelas de estilo.
>
> P.R.I.C.
>
> Entendo que a pretensão recursal desmerece provimento.
>
> Eis o que dispõe o art. 1.031, § 2º, do Código de Processo Civil:
>
> Art. 1.031. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do artigo 2.015 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos artigos 1.032 a 1.035 desta Lei..
>
> § 1º. O disposto neste artigo aplica-se, também, ao pedido de adjudicação, quando houver herdeiro único.
>
> § 2º. Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos.

De fato, conquanto haja expressa previsão legal de que os formais de partilha devem ser expedidos após comprovado o pagamento de todos os impostos devidos, observa-se que, na espécie, a determinação de expedição dos formais não traz prejuízo à Fazenda Estadual, sobretudo porque eventuais diferenças constatadas pela Fazenda Pública, podem e devem ser cobradas pela via administrativa, visto que *"Nos inventários processados sob a forma de arrolamento não cabem ser conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à aquisição de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio, remetendo-se a Fazenda, na forma do CPC 1034 § 2º, à via administrativa, para satisfação de eventuais créditos*." (STJ, REsp n. 36758-1-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 14.2.1994, DJU de 13.2.1995, p. 2220).

A propósito, confira-se a lição, em comentário ao § 2º do artigo 1.034 do CPC, do ilustre doutrinador Paulo Cezar Pinheiro:

> Ressalvado o entendimento que porventura se tenha quanto à redação do § 2º do art. 1.031, não existe qualquer razão, inclusive de natureza prática, que autoriza o entendimento de ser obrigatório a intervenção da Fazenda Pública no procedimento de arrolamento sumário. Aliás, o texto da lei exclui expressamente a possibilidade de serem conhecidas ou apreciadas questões relativas "ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias ou de tributos incidente sobre a transmissão da propriedade dos bens do Espólio". Portanto, se as questões que interessam à fazenda pública não podem ser conhecidas, discutidas e apreciadas no curso do procedimento, não há porque exigir-lhe a intervenção. (**Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 239. v. 9. t. I).

Neste feito, conforme constou da sentença recorrida, todos os documentos necessários à homologação da partilha encontram-se colacionados nos autos, inclusive com a juntada de certidões negativas de débitos municipal, estadual e federal (f. 39-41).

Logo, falece interesse ao Estado na pretensão de anular quanto de reformar a sentença, na medida em que a quitação do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCD – é matéria alheia ao arrolamento e, por medida de celeridade processual, resguardou o julgador monocrático o direito do fisco em buscar eventual saldo através da via apropriada.

Vale dizer, se o legislador reservou à Fazenda Pública valer-se da via administrativa ou de ação adequada para realizar a cobrança de eventuais impostos de sua competência, em nome da economia processual e da celeridade, é prescindível sua intimação para o arrolamento sumário, inclusive para a manifestação acerca de isenção tributária.

Nesse sentido, o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, citado por Theotonio Negrão, em seu **Código de Processo Civil**. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1029, em nota 1b ao art. 1.031:

> Não se admitem, no arrolamento, "questionamentos acerca do pagamento de tributos relativos à transmissão" (STJ, RT 739/209, REsp n. 36.909, Quarta Turma). No mesmo sentido: STJ, REsp n. 466.790, Segunda Turma, Min. Franciulli Netto, julgado em 10.6.2003, DJU 8.9.2003.
>
> No processo de arrolamento sumário, somente é possível examinar se o inventariante comprovou a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas. Para a homologação da partilha pelo juiz são dispensadas certas formalidades exigidas no inventário, entre elas a intervenção da Fazenda Pública para verificar a correção do pagamento dos tributos devidos pelo espólio. Assim, a discussão de supostas diferenças pagas a menor deverão ser resolvidas na esfera administrativa, a teor do disposto no art. 1.034 do CPC. [...] (STJ-RT 865/170, REsp n. 927.530, Segunda Turma).

Aliás, esse também tem sido o entendimento esposado nesta Corte de Justiça, conforme se extrai dos seguintes julgados:

> APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO SUMÁRIO – HOMOLOGAÇÃO – PARTILHA AMIGÁVEL – NULIDADE DE SENTENÇA POR OFENSA AO ART. 1031, § 2º DO CPC – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – PRELIMINAR REJEITADA – AUSÊNCIA DE CIENTIFICAÇÃO DE DECISÃO ANTERIOR – IMPROCEDENTE – CABIMENTO DE MULTA POR ATRASO NO PAGAMENTO DE ITCD – INCABÍVEL DISCUSSÃO EM SEDE DE ARROLAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Não há falar em ofensa ao artigo 1.031, § 2º, do CPC, uma vez que não se admite questionamento relativo ao pagamento de tributos incidentes na transmissão de bens, nos inventários processados sob a forma de arrolamento.
>
> Restando inexistente qualquer prejuízo ao Estado arrecadador, ante a demonstração do recolhimento dos tributos devidos, bem como das certidões negativas acostadas, eventuais diferenças constatadas pela Fazenda Pública podem e devem ser cobradas pela via administrativa. (TJMS, AC n. 2003.007765-0, Brasilândia, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 26.6.2007).
>
> ARROLAMENTO – SENTENÇA ADJUDICATÓRIA – ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA – MERA IRREGULARIDADE QUE NÃO GERA A INSUBSISTÊNCIA DO FEITO – HOMOLOGAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

> No arrolamento não são admitidas questões relativas ao lançamento de tributos referentes à transmissão, sendo que eventual diferença no recolhimento deve ser apurada e exigida em sede própria. Se a parte interessada comprovou documentalmente a quitação do ITCD, não há falar em mácula por ausência de intimação da Fazenda Pública quanto à sentença adjudicatória, o que configura mera irregularidade, pois, com vem decidindo o STJ, o Código de Processo Civil adotou o princípio de não dar valor à nulidade, se dela não resultou prejuízo. (TJMS, AC n. 2003.008450-9, Três Lagoas, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 15.2.2005).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO SUMÁRIO – HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – PRELIMINAR REJEITADA – MANIFESTAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA PARA AVERIGUAÇÃO DA REGULARIDADE DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS ANTES DE SER EXPEDIDO O FORMAL OU A CERTIDÃO DE PAGAMENTOS – DESNECESSÁRIO – INTELIGÊNCIA DO ART. 1.034 E PARÁGRAFOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Não há falar em cerceamento de defesa ante a ausência de intimação da parte, se não verificado o efetivo prejuízo.
>
> Não se admite questionamento relativo ao pagamento de tributos incidentes na transmissão de bens, nos inventários processados sob a forma de arrolamento.
>
> Ademais, no caso dos autos, não se vislumbram prejuízos em razão da expedição dos formais de partilha antes da manifestação da Fazenda Pública sobre a regularidade do recolhimento dos impostos. A nulidade só deve ser decretada se houver prejuízo comprovado. (TJMS, AC n. 2002.003666-9, Três Lagoas, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 16.5.2006).

Assim sendo, nenhuma correção está a merecer a sentença vergastada, cuja manutenção é medida que se impõe.

No tocante ao prequestionamento, é de se lembrar que o juiz não aplica o direito conforme a pretensão das partes, mas sim de acordo com o seu livre convencimento (CPC, art. 130).

Assim, basta ao magistrado encontrar e justificar o motivo que o persuadiu acerca de que a razão está com esta ou aquela parte, para encerrar a lide, acolhendo ou não o pedido do autor, sem necessidade de responder a um verdadeiro questionário declinado por quem pretenda chegar à superior instância, fazendo expressa referência sobre cada dispositivo legal por ela abordado.

Neste sentido é a lição do renomado 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 Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais**. São Paulo: RT, 2001. p. 859).

Aliás, a opção por esta medida decorre da aplicação natural do princípio *jura novit curia*, segundo o qual não há necessidade de mencionar os dispositivos legais indicados, que implicitamente restaram afastados pela decisão contrária aos interesses do apelante.

Forte nessas considerações, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença guerreada.

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. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

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

Campo Grande, 8 de novembro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.026868-2 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – FIANÇA PRESTADA SEM OUTORGA UXÓRIA DO MARIDO – PENHORA SOBRE IMÓVEL – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de setembro de 2011.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Antonio de Jesus Bichofe interpôs recurso de apelação, irresignado com a sentença de primeiro grau proferida na ação de embargos de terceiro proposta por Gilson José Portes da Silveira, a qual julgou procedente o pedido de declaração de nulidade da fiança prestada por sua esposa no contrato de f. 58-61, e excluiu da constrição judicial o imóvel penhorado nos autos da Execução de Sentença, em apenso, n. 001.05.018007-0.

Em síntese, aduz o apelante que a esposa do apelado fraudou a fiança, pois teria apresentado documento falso, passando-se por separada, e que o imóvel penhorado fora adquirido antes do casamento. Por isso, requer a improcedência do pedido exordial, para declarar legítima a fiança prestada pela esposa do apelado e a penhora realizada nos autos da execução.

Sem contrarrazões.

VOTO (Em 15.9.2011)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Antonio de Jesus Bichofe em face da sentença proferida nos embargos de terceiro, propostos por Gilson José Portes da Silveira, a qual declarou a nulidade da fiança prestada por sua esposa e consequentemente excluiu da constrição judicial o imóvel penhorado na ação de execução de sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, passo à análise do mérito.

Discorre o apelante, brevemente, acerca da existência de fraude na fiança prestada pela esposa do apelado, fato pelo qual não há falar em nulidade do ato.

Pois bem. Reza o artigo 235 do Código Civil de 1916, *"o marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens: [...] III – prestar fiança"*.

Com efeito, extrai-se da análise do texto de lei supracitado que é absolutamente nula a fiança prestada sem o consentimento do companheiro/companheira, de forma que resta impossibilitado ao credor proceder a quaisquer atos de execução contra o fiador.

Esta interpretação da norma, como bem demonstrou o magistrado de piso, é apenas uma das correntes adotadas para demandas ocorridas na vigência do antigo Código Civil, como é o caso dos autos *sub judice,* visto que a fiança fora prestada em 1995.

Todavia, partilho do entendimento de que referida norma tem o escopo principal de proteger o patrimônio do cônjuge inocente, portanto a ausência de outorga uxória não torna o ato nulo, mas sim anulável, sob pena de isentar o fiador do adimplemento de uma obrigação assumida, em detrimento do credor de boa-fé.

Nos autos em comento, veja-se que a esposa do apelado declarou-se como separada quando da assinatura do contrato como fiadora no ano de 1995, consoante cláusula XV, do contrato de locação acostado às f. 58-61, e ainda apresentou documento para tanto, f. 106.

Logo, há de se prestigiar a boa-fé do locador, ora apelante, que, diante da declaração de separada da fiadora e apresentação de documento com nome de solteira, não exigiu a outorga uxória, por confiar nas informações que lhe foram dadas.

Assim, constatada a má-fé da fiadora que omitiu seu real estado civil, não há anular a garantia prestada, todavia faz-se necessário assegurar a meação do cônjuge, ora apelado, que nem sequer anuiu com a fiança prestada por sua esposa.

Por oportuno, trago à baila julgado do Superior Tribunal de Justiça nesse mesmo norte, *in verbis:*

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA SEM OUTORGA UXÓRIA. SÚMULA N. 332/STJ. PARTICULARIDADE FÁTICA DO CASO CONCRETO QUE AFASTA A APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO SUMULADO DESTA CORTE. MEAÇÃO DA COMPANHEIRA RESGUARDADA. 1. Tendo o fiador faltado com a verdade acerca do seu estado civil, não há como declarar a nulidade total da fiança, sob pena de beneficiá-lo com sua própria torpeza. 2. Assegurada a meação da companheira do fiador, não há que se falar em ofensa à legislação apontada. Particularidade fática do caso que, por si só, afasta a aplicação do entendimento fixado pela Súmula n. 332/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgReg no REsp n. 1095441/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJ de 1.6.2011).

Outrossim, quanto à legitimidade da penhora realizada sobre o bem imóvel, única propriedade da esposa do recorrido, tenho que não merecem ser acolhidas as alegações do recorrente.

De fato, conforme consta do registro do imóvel penhorado nos autos de execução em apenso, f. 47, o bem foi adquirido pela fiadora no ano de 1984, e ela só veio a se casar no ano de 1992, sob o regime de comunhão parcial de bens, de modo que tal imóvel não se comunica com o patrimônio do cônjuge.

Entretanto, insta frisar que o recorrido alega residir no imóvel com sua esposa e dois filhos, juntando aos autos vários documentos, f. 63-74, que não foram de forma alguma contestados pelo apelante.

Destarte, não se desincumbiu o recorrente do ônus da prova, com previsão no artigo 333, II, do atual Código de Processo Civil, para demonstrar que não se trata o imóvel penhorado de bem de família tampouco discorreu sobre esta questão, limitando-se apenas ao fato de que o imóvel fora adquirido em período anterior ao casamento.

Releva anotar que, embora exista previsão legal da possibilidade de penhora do bem de família em se cuidando de fiança em contrato de locação, Lei n. 8.009/90, art. 3º, inciso VII, e Lei n. 8.245/91, art. 82, filio-me à corrente que defende a inconstitucionalidade da norma, em razão de afrontar o direito social fundamental da moradia e o princípio da dignidade humana, dispostos no art. 6° e no art. 1°, inciso III, da Constituição Federal, respectivamente.

Nesse sentido, cito julgado proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal:

> CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei n. 8.009/90, art. 1º e art. 3º, Lei n. 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressalvando a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação": sua não- recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC n. 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, REsp n. 352940/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 13.5.2005).

Extrai-se da r. Decisão os seguintes termos:

> [...] registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração (direito social) que veio a ser reconhecido pela EC n. 26, de 2000. O bem de família (a moradia do homem e sua família) justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei n. 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei n. 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei n. 8.245, de 1991, (inciso VII do art. 3º) feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo (inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei n. 8.245/91), não foi recebido pela EC n. 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC n. 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família (Lei n. 8.009/90, art. 1º) encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009, de 1990, introduzido pela Lei n. 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC n. 26/2000.

Por derradeiro, quanto ao pedido de redução dos honorários advocatícios, mantenho a decisão *a quo*, por ser o valor arbitrado condizente com o trabalho realizado pelo advogado, o grau de zelo profissional bem como a importância da causa, conforme preveem as alíneas do § 3° do art. 20 do CPC.

Diante de todo o exposto, mantenho a sentença de primeiro grau em face da impenhorabilidade do bem de família, objeto da constrição judicial nos autos de execução em apenso.

Do dispositivo

Posto isto, conheço do recurso de apelação, porém nego-lhe provimento.

ADIADA A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO REVISOR, DES. SIDENI SONCINI PIMENTEL, APÓS O RELATOR IMPROVER O RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 22.9.2011)

O Sr. Sideni Soncini Pimentel (Revisor)

Justifico, inicialmente, o pedido de vistas na necessidade de melhor exame do caderno processual, especialmente quanto à tese de nulidade da fiança prestada sem outorga uxória. Nesse norte, vistos e examinados os autos, cheguei à mesma conclusão exposta pelo eminente Relator, no sentido de conhecer e desprover o recurso, mas por outros fundamentos.

Embora tenha manifestado, em outros julgamentos, entendimento no sentido de que a fiança prestada sem outorga uxória não consubstanciaria nulidade, possibilitando assim ressalvar a meação do cônjuge inocente, melhor analisando a questão, evoluí meu pensamento e cheguei à conclusão oposta, reconhecendo a nulidade da garantia como um todo, em consonância com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, materializada no verbete sumular n. 332, que dispõe expressamente o seguinte: "*A anulação de fiança prestada sem outorga uxória implica a ineficácia total da garantia.*"

Com efeito, dispõe o art. 166, VII, do Código Civil que é nulo o negócio jurídico quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. É que a hipótese trata-se de nulidade absoluta, conforme lição de Silvio Venosa:

> O presente Código, também, em socorro à maior compreensão do tema, diz que o negócio jurídico será nulo quando a lei proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. Desse modo, fica mais simples o raciocínio do intérprete: perante as expressões encontráveis: 'não pode', 'é vedado', 'é proibido' etc. sem qualquer observação sancionatória diversa, o negócio será nulo. (**Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 529. v. 1)

Estabelecida essa premissa, o art. 1.647 dispõe que:

> Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:
>
> [...]
>
> III - prestar fiança ou aval;

No Código anterior, vigente à época dos fatos, a matéria era regulada no art. 145 e no art. 235:

> Art. 145. É nulo o ato jurídico:
>
> [...]
>
> V - quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou lhe negar efeito;

> [...]
>
> Art. 235. O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:
>
> [...]
>
> III – prestar fiança;

A inovação trazida pelo Código de 2002 restringe-se, como visto, à inclusão do aval entre o rol de negócios jurídicos que não podem ser realizados sem a outorga uxória, sob pena de nulidade. Na hipótese dos autos, trata-se, entretanto, apenas da fiança, cujo regulamento dispensado por ambos os textos é o mesmo. A nulidade é sanção imposta pelo ordenamento jurídico aos atos irregulares, com vista, especialmente, na proteção do interesse público. No caso da exigência de outorga uxória, o interesse público está consubstanciado na segurança patrimonial da família.

Bastante pertinentes as considerações de Renan Lotufo, neste particular:

> O Legislador deste Código, assim como o do antecedente, baseou-se no respeito à ordem pública e aos valores sociais, de forma a estabelecer que, se nulo, o negócio não produz efeitos. Assim, podemos afirmar que a nulidade decorre de tipificação de violação das normas, portanto emana da vontade do legislador na prevenção de agravo à ordem pública. (**Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2004. f. 459. v. 1)

Dito isto, tem-se que, proibida a prática desse ato negocial pelo cônjuge, sem a anuência do outro, a própria garantia deixa de produzir efeitos, tendo em mente a proteção ao patrimônio da sociedade familiar. O cônjuge inocente tem, portanto, o direito de pleitear a anulação do negócio. O cônjuge que celebra o negócio, entretanto, não, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> FIANÇA. FALTA DE OUTORGA UXÓRIA. NULIDADE QUE ALCANÇA, INCLUSIVE, A MEAÇÃO MARITAL. PRECEDENTES DA CORTE. I - A fiança prestada sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital. II - O artigo 263, X, do Código Civil, que também fundamentou a decisão recorrida, ao excluir da comunhão a fiança prestada pelo marido, não contradiz a norma do artigo 235, III, do mesmo Código, cuja interpretação, conjugada com o disposto no artigo 239, leva à seguinte conclusão: o marido está proibido de prestar fiança, sem o consentimento da mulher; se o fizer, a mulher pode pleitear a anulação do ato, ainda na constância da sociedade conjugal, com ineficácia total do ato; se a anulação é requerida depois de extinta a sociedade, só a meação da mulher fica protegida. III - Precedentes da Corte. IV - Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 113317/MS-1996/0071625-0- Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 3.12.1998, DJ de 26.4.1999).

Releva esclarecer que esse entendimento não tem o condão de acobertar a má-fé do fiador, que contrata sem a anuência do seu cônjuge. Busca-se, isto sim, como já dito, proteger o patrimônio da sociedade conjugal. Nada impede que o credor, prejudicado pelo reconhecimento da nulidade da fiança, vá buscar nas vias ordinárias ressarcimento pelos prejuízos causados, hipótese em que ficará ressalvada, em regra e de toda sorte, a meação do cônjuge inocente.

Por essa razão, reputo também irrelevante tenha, de fato, o fiador omitido ou declarado falsamente seu estado civil, pois não pode o cônjuge inocente, presumivelmente de boa-fé, suportar os prejuízos decorrentes da má-fé do cônjuge fiador, pois é justamente por essa razão que a lei civil proíbe a prestação de fiança sem outorga marital. As consequências, ademais, são exatamente as mesmas.

À luz destas considerações, revendo meu posicionamento anterior, alinho-me ao pensamento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 332) e, ratificando os termos da sentença invectivada, entendo que o caso realmente é de ser declarada a nulidade da fiança objeto dos autos, julgando prejudicada a análise da questão alusiva à impenhorabilidade de bem de família.

Nesse norte de ideias, não tenho dúvidas em acompanhar o voto proferido pela Relatoria, conhecendo e negando provimento ao apelo, mas por outros fundamentos, ratificando os termos da sentença invectivada.

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

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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, 22 de setembro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.028042-0 - Ponta Porã
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CIVIL – ROUBO DE CARGA – FORÇA MAIOR – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – TOTALMENTE INVERTIDO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E 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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de setembro de 2011.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Rubens Camilo dos Santos interpôs Recurso de Apelação contra decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível de Ponta Porã, que, nos autos da Ação de Indenização Civil proposta por MS Grãos Ltda.**,** julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o ora recorrente a pagar ao apelado o valor de R$ 25.817,60, a título de indenização pelos danos causados com o roubo da carga transportada, com correção monetária pelo IGPM, desde o evento danoso e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação. Ante a sucumbência, condenou as partes às custas processuais, na proporção de 25% para a ora recorrida e 75% para o ora apelante. No tocante aos honorários, condenou a demandada, ora apelada, ao pagamento de R$ 1.500,00 e Rubens Camilo dos Santos em R$ 3.000,00, corrigidos pelo IGPM, desde a data da sentença.

Em suas razões recursais, o apelante alega que restou incontroverso nos autos que o evento ocorrido com o caminhão de sua propriedade e a carga (40.340 kg de soja) de propriedade da recorrida, foi acontecimento de força maior, qual seja, roubo.

Alega, ainda, que a apelada não pode lhe imputar a responsabilidade, pois também não contratou um seguro para a carga que seria transportada.

Pede, portanto, a improcedência do pedido inicial.

Contrarrazões em f. 170-3.

VOTO (EM 22.9.2011)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Rubens Camilo dos Santos interpôs Recurso de Apelação contra decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível de Ponta Porã, que, nos autos da Ação de Indenização Civil proposta por MS Grãos Ltda.**,** julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o ora recorrente a pagar ao apelado o valor de R$ 25.817,60, a título de indenização pelos danos causados com o roubo da carga transportada, com correção monetária pelo IGPM, desde o evento danoso e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação. Ante a sucumbência, condenou as partes às custas processuais, na proporção de 25% para a ora recorrida e 75% para o ora apelante. No tocante aos honorários, condenou a demandada, ora apelada, ao pagamento de R$ 1.500,00 e Rubens Camilo dos Santos em R$ 3.000,00, corrigidos pelo IGPM, desde a data da sentença.

Em suas razões recursais, o apelante alega que restou incontroverso nos autos que o evento ocorrido com o caminhão de sua propriedade e a carga (40.340 kg de soja) de propriedade da recorrida, foi acontecimento de força maior, qual seja, roubo.

Alega, ainda, que a apelada não pode lhe imputar a responsabilidade, pois também não contratou um seguro para a carga que seria transportada.

A Juíza *a quo*, ao proferir sua decisão, entendeu que *"a responsabilidade do transportador é presumida e que, em face da cláusula de incolumidade, tem obrigação de resultado"*.

Fundamenta ainda a magistrada que na atualidade a prática deste tipo de crime se tornou comum nas estradas, é, portanto, previsível e um risco integrante do próprio negócio do transporte.

Pois bem. Rui Stoco (*in* **Tratado de Responsabilidade Civil** – Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 302) assim dispõe:

> A força maior constitui causa eliditiva da responsabilidade em caso de perda da mercadoria durante o transporte. A força maior pressupõe dois elementos, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro diz respeito à inevitabilidade do evento, o segundo se refere à culpa. No caso em que o caminhão transportador é assaltado por homens armados, obrigando o motorista a abandoná-lo, levando-o com a carga embora, há que se identificar a inevitabilidade na perda da carga. Não se apresenta, no momento do assalto, simples dificuldade ou onerosidade para o cumprimento da obrigação, e sim impossibilidade. Caberia demonstrar que o transportador se houve com culpa, expondo-se ao perigo do evento surgido, como, p. ex. parando o caminhão em um bar, em local ermo ou deserto. (1º TACSP, AC, Sexta Câmara, Rel. Des. Jorge Almeida, julgado em 1.9.1981, JTACSP 78/23).

É sabido que, para a caracterização da obrigação reparatória, necessária se faz a conjugação de três elementos: o dano, o nexo de causalidade e a culpa do agente pelo evento danoso.

Nesse norte, Maria Helena Diniz preleciona:

> Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, negligência ou imprudência [...]; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula n. 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato [...]; e c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. (**Código civil anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 196-7).

Posto isso, verifico que, no que concerne à ocorrência do roubo, não há qualquer divergência. Da mesma forma, podemos afirmar que o nexo de causalidade entre o assalto e os danos causados tanto ao apelante quanto ao apelado, onde um perdeu seu caminhão e o outro a carga transportada, ficaram plenamente demonstrados nos autos.

Portanto, cinge-se a controvérsia recursal em estabelecer se houve ou não a existência de culpa imputável ao apelante.

De acordo com o Boletim de Ocorrência e o Termo de Declaração, juntados às f. 48-51, não há qualquer dúvida de que o caminhão e a carga foram roubados, por assaltantes à mão armada, onde o motorista foi feito refém por aproximadamente 36 horas, permanecendo amarrado e encapuzado em um terreno baldio, sob ameaça dos assaltantes.

Ora, não vejo como suficiente a simples alegação de que é responsabilidade do transportador a indenização ao dono da carga pelo roubo, por ser fato não excepcional e ainda por não estar segurada tanto a carga, quanto o caminhão.

Neste caso específico, ficou claramente demonstrado que houve um roubo e não um furto, ficou demonstrado, ainda, que nem o dono do caminhão, ora apelante, nem mesmo a empresa dona da carga, ora apelada, tomaram as precauções devidas de contratar um seguro que garantisse o transporte.

Desta forma, houve prejuízo para ambas as partes, que nem sequer fizeram um contrato de prestação de serviços, assim, não há como a recorrida transferir toda a responsabilidade para o dono do caminhão, ora apelante, se nem mesmo ela, maior interessada na entrega do seu produto, tomou as providências essenciais para que tudo corresse de forma tranquila e segura.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, para situações análogas, existem precedentes. Confira-se:

> ROUBO DE CARGA. EVENTO. FORÇA MAIOR. TRANSPORTADORA. RESPONSABILIDADE. INDENIZAÇÃO. AFASTAMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o roubo de carga, com ameaça de arma de fogo, durante o transporte **constitui evento de força maior capaz de afastar a responsabilidade da transportadora**. (Precedentes: AgReg no REsp n. 703.866/SC, REsp n. 222.821/SP, AgReg no Ag n. 686.845/MG, REsp n. 904.733/MG.) 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no Ag n. 721.581 (Proc. 2005/0190847-5), RJ, Quarta Turma, Rel. Des. Convocado Honildo Amaral de Mello Castro, julgado em 16.3.2010, DJ de 29.3.2010) - destaquei.
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE MERCADORIA. ROUBO DE CARGA. FORÇA MAIOR. AÇÃO REGRESSIVA PROPOSTA PELA SEGURADORA. Segundo entendimento consolidado nesta Corte, o roubo de carga constitui força maior, suficiente para excluir a responsabilidade da transportadora perante a seguradora do proprietário da mercadoria transportada. Improcedência da ação regressiva de ressarcimento de danos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgReg no Ag n. 899.178, (Proc. 2007/0074004-9), SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 9.11.2010, DJ de 12.11.2010) - destaquei.
>
> AGRAVO INTERNO. SEGURO. ROUBO DE CARGA. RESPONSABILIDADE. EXCLUSÃO. CASO FORTUITO. Segundo entendimento consolidado, o roubo de carga constitui força maior, suficiente para excluir a responsabilidade da transportadora perante a seguradora do proprietário da mercadoria transportada. Agravo regimental a que se nega

> provimento. (STJ, AgReg no REsp n. 753.404 (Proc. 2005/0085824-2) SC, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo Furtado, julgado em 1.10.2009, DJ de 19.10.2009) - destaquei.

Referido entendimento, encontra respaldo também neste E. Tribunal de Justiça e em outros Tribunais, senão vejamos:

> EMBARGOS INFRINGENTES - INDENIZAÇÃO - TRANSPORTADORA - ROUBO DE CARGA - FORÇA MAIOR - RESPONSABILIDADE - EXCLUSÃO - PRECEDENTES ITERATIVOS DO STJ - RECURSO IMPROVIDO. Segundo a jurisprudência consolidada do STJ, o roubo de mercadoria durante o transporte caracteriza-se como força maior, apta a excluir a responsabilidade da empresa transportadora perante a seguradora do proprietário da carga indenizada. Precedentes iterativos da Terceira e Quarta Turmas daquela Corte, aptos a embasar o improvimento de infringentes visando obter a prevalência de posicionamento em sentido contrário. (TJMS, EI n. 2002.005321-0/0001-00, Dourados, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 8.5.2006).

> INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE TRANSPORTE DE CARGA. ROUBO SOB A AMEAÇA DE ARMAS DE FOGO. FATO INCONTROVERSO. AUSÊNCIA DE CULPA DA TRANSPORTADORA. Evento inevitável que exclui o dever de indenizar, por se tratar de força maior. Recurso não provido. (TJSP, AC n. 991.05.007980-9 (AC 4808413) Guarulhos, Décima Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Renato Rangel Desinano, julgado em 28.10.2010, DJ de 13.12.2010).

Diante de tais peculiaridades do caso em estudo, observando que ambas as partes tiveram prejuízos e ainda seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, entendo como justa a exclusão da responsabilidade do apelante no caso dos autos.

No tocante à sucumbência, determino a condenação da apelada quanto às custas processuais, em sua totalidade e quanto aos honorários advocatícios, que sejam por ela arcados, nos mesmos valores e condições arbitrados na sentença singular.

Por todas essas considerações, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para reformar a sentença de primeiro grau, excluindo a responsabilidade do apelante em indenizar o recorrido, invertendo totalmente o ônus de sucumbência.

Adiada a conclusão do julgamento em face do pedido de vista formulado pelo Revisor, Des. Sideni Soncini Pimentel, após o Relator prover o recurso. O Vogal aguarda.

VOTO (EM 29.9.2011)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Revisor)

Pedi vista dos autos para melhor analisar seu conteúdo fático probatório.

Trata-se de Ação de Reparação de Danos que MS Grãos Comércio e Exportação ajuizou contra Rubens Camilo dos Santos e Ezaudino Almeida, alegando que celebrou com os requeridos contrato de transporte de carga (grãos de soja) e que durante o itinerário a carga foi roubada. Requereu, assim, indenização correspondente ao valor da carga (aproximadamente R$ 25.000,00). O segundo requerido, Ezaudino Almeida, foi excluído do polo passivo da lide, visto que, sendo apenas o motorista do veículo, não possui vínculo jurídico com a autora. No mais, a pretensão inicial foi julgada procedente.

Insurgiu-se o requerido, sustentando, em breve síntese, que não pode responder pelos prejuízos experimentados pela autora, ora apelada, pois o roubo da carga constitui caso fortuito. O eminente relator, Des. Julio Roberto Siqueira Cardoso, proveu o recurso, alinhando-se ao entendimento predominante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o roubo de carga caracteriza caso fortuito, afastando a responsabilidade do transportador.

Depois de exaustiva análise dos autos, convenci-me de que o melhor direito dá razão ao apelante, motivo pelo qual a sentença merece reforma. Assentou-se, com razão, que o contrato entabulado entre as partes é verbal e que nenhuma delas adotou precauções contra o roubo de carga, circunstância que certamente preponderou na contratação do frete. Nessa linha de raciocínio, tem-se que o transportador, ora apelante, é pessoa física que não dispõe da mesma estrutura de segurança de uma empresa transportadora, o que reflete diretamente no preço do frete.

Na hipótese, pode-se concluir até pela culpa exclusiva da vítima, tendo em vista sua negligência em contratar transporte de cargas sem exigir cautelas relacionadas à segurança do transporte que dificilmente pode ser adotado por um transportador autônomo.

Posto isso, acompanho o voto proferido pelo Relator, conheço e dou provimento ao recurso.

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

De acordo com o relator.

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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 setembro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.033056-7 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – IMISSÃO NA POSSE – ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA REGISTRADA – COMPROVAÇÃO DO DOMÍNIO – POSSE INJUSTA – ARGUIÇÃO DE USUCAPIÃO EM DEFESA – AUSENTES OS PRESSUPOSTOS – NÃO PROVOU O LAPSO TEMPORAL – IMÓVEL ANTERIORMENTE QUE PERTENCIA AO MUNICÍPIO – RECURSO 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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2011.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Geraldo Francisco Lessa e outra interpõem recurso de apelação contra sentença de primeira instância, a qual julgou improcedente o pedido de imissão na posse formulado em desfavor de Ednalva Miranda de Moura**.**

O magistrado *a quo* entendeu ausente um dos requisitos para a procedência ação, a prova do domínio do imóvel, considerando insuficiente a juntada da Escritura Pública de Compra e Venda registrada em cartório.

Em síntese, os apelantes, irresignados, argumentam ser válida a comprovação da propriedade através do documento acostado, bem como alegam que a apelada admitiu a venda do imóvel.

Assim, requer a reforma da decisão singular para determinar a reintegração imediata dos autores na posse, e condenar a recorrida ao pagamento da sucumbência.

Contrarrazões às f. 155-8.

VOTO (EM 24.11.2011)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Geraldo Francisco Lessa e outra em face da sentença *a quo*, a qual julgou improcedente o pedido de imissão na posse, formulado em desfavor de Ednalva Miranda de Moura, proferida nos seguintes termos:

> [...] Assim, como os autores não lograram provar, conforme lhes incumbia, nos termos do art. 333, I, do CPC, o seu domínio sobre o imóvel, eis que não apresentaram o único documento hábil a fazê-lo – a certidão da matrícula com o registro da transmissão da propriedade (art. 1.245, *caput* e § 1° do CC), não podendo a sua falta ser suprida por qualquer outra prova, por mais especial que seja (art. 366, do CPC), impõe-se a improcedência do pedido de imissão de posse formulado na inicial.

Os apelantes, irresignados, pleiteiam a reforma da decisão singular argumentando ser válida a comprovação da propriedade através do documento acostado, bem como alegam que a apelada admitiu a venda do imóvel.

Pois bem. A ação de imissão de posse detém natureza jurídica petitória, destinada àquele que detém o domínio e pretende haver a posse do bem contra terceiro que o detenha.

Nesse sentido:

> AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE. IMÓVEL ARREMATADO EM LEILÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. [...] 3 - A ação de imissão na posse, petitória, presta-se a assegurar a posse àquele que, nunca a tendo, a pretenda com fundamento no domínio. (TJDF, AC n. 2005.01.1.022226-0 (AC 446.319), Sexta Turma Cível, Rel. Des. Jair Soares, DJ de 10.9.2010, p. 121) .

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INADEQUAÇÃO DA AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. CAUSA DE PEDIR POSSESSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE FUNGIBILIZAR AÇÃO PETITÓRIA EM POSSESSÓRIA. RECURSO IMPROVIDO. I. A imissão de posse constitui ação de natureza petitória, que se funda no *jus possidendi*, o qual, por sua vez, se traduz no direito à posse, decorrente de alegada propriedade. Em outros termos, constitui demanda adequada àquele que, adquirindo o domínio por meio de título registrado, não consegue investir-se na posse pela primeira vez, por recusar-se o alienante, ou um terceiro a ele vinculado, entregá-la. Sua base jurídica reside no fato de que quem transmite a propriedade também transfere a posse da coisa. [...] (TJES, AC n. 24040217630, Segunda Câmara Cível, Rel. Designado Des. Namyr Carlos de Souza Filho, DJ de 19.10.2010, p. 25).

Extrai-se dos entendimentos acima que a prova do domínio é um dos requisitos para a procedência da demanda.

Assim, no caso dos autos *sub judice*, o autor ajuizou ação com pedido de imissão na posse alegando que comprou o imóvel do Município, conforme Escritura Pública de Compra e Venda anexa, porém a requerida, sem quaisquer direitos sobre o bem, não o desocupou.

O Código Civil brasileiro dispõe sobre os modos de aquisição da propriedade, dentre eles o Registro do Título previsto no art. 1.245, com a seguinte redação:

> Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.
>
> § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

Veja-se que o documento trazido na exordial pelo apelante se insere no conceito normativo do Código Civil, ao contrário do que decidiu o juízo de primeira instância, possuindo o condão de transferir a propriedade e prová-la na esfera do Judiciário.

Isso porque a Escritura Pública de Compra e Venda é título aquisitivo constituído quando devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis, como é o caso deste r. documento, conforme é possível

inferir da análise do verso da f. 17, na qual consta o protocolo do registro no cartório competente para registrar imóveis nesta capital.

Destarte, não há falar em necessidade de apresentação da matrícula do imóvel, por se tratar de excesso de formalidade, uma vez que a Escritura Pública já se configura como título hábil a comprovar o domínio.

Neste sentido, é o entendimento esposado por este Sodalício em demandas similares, *in verbis:*

> APELAÇÃO CÍVEL – IMISSÃO NA POSSE – IMÓVEL ADQUIRIDO EM LEILÃO EXTRAJUDICIAL – RECUSA DO RÉU, EX-MUTUÁRIO, EM DESOCUPAR O BEM – PROVA INEQUÍVOCA DA PROPRIEDADE – SENTENÇA MANTIDA – IMPROVIMENTO. **Deve ser mantida a procedência da ação de imissão de posse, se existe nos autos prova inequívoca da propriedade do autor, qual seja, escritura pública de venda e compra devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.** (TJMS, AC n. 2010.002032-6, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luis Carlos Santini, julgado em 9.3.2010).

Ainda, em casos semelhantes, outros Tribunais de Justiça se manifestaram nos seguintes termos:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. ESCRITURA PÚBLICA. REGISTRO IMOBILIÁRIO. PROPRIEDADE COMPROVADA. POSSE INJUSTA DO DEMANDADO. REFORMA DA SENTENÇA. RECURSO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. - A ação de imissão de posse pressupõe prova do domínio do autor sobre o imóvel, individualização da coisa e demonstração da injustiça da posse exercida pelo réu; - No caso, o demandante comprovou, através de Escritura Pública de Compra e Venda, devidamente registrada no álbum imobiliário, ser o proprietário do imóvel, sendo certo que o réu não logrou demonstrar o contrário, ônus que lhe cabia, a teor do art. 333, CPC http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/91735/código-processo-civil-lei-5869-73. - Tendo a posse exercida pelo demandado sido decorrente de contrato de comodato verbal, cujo desinteresse foi noticiado extrajudicialmente, impõe-se a procedência do pedido de imissão de posse. (TJPE, AC n. 159807 PE (0501281873), Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Eurico de Barros Correia Filho, julgado em 8.1.2009).

Ademais, comprovado o domínio do bem, analiso o outro requisito da imissão na posse, a posse injusta da recorrida, no sentido de comprovar que não é advinda de causa jurídica.

Sobre a questão, lecionam Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello (*in* **Ação Reivindicatória. Teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44-9): "*A posse do réu deve ser injusta para ter sucesso a reivindicatória. [...] Para esse fim, a posse injusta é a detenção ou a posse sem título de propriedade ou sem o caráter de posse direta adquirida por meio das vias adequadas."*

A respeito, colaciono a seguinte ementa:

> AÇÃO REIVINDICATÓRIA – PROVA DA PROPRIEDADE – POSSE INJUSTA – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE – RECURSO DESPROVIDO – Evidenciando-se os requisitos da ação reivindicatória, ou seja, a titularidade do domínio pelos requerentes, a individuação da coisa e o fato desta se encontrar, injustamente, em poder dos réus, a ação deve ser procedente. O conceito de posse injusta não se infere, apenas, da violência, precariedade ou clandestinidade a que se refere o art. 1200 do Código Civil (489 CC/1916), entendendo-se como tal, toda aquela que é exercida contra a vontade do dono e que não possui justo título. Ela não precisa ser violenta, clandestina ou precária, pois injusta também pode ser a posse de boa-fé, porque se esta pudesse excluir a reivindicatória, o domínio de nada valeria. (TJPR, AC n. 0244155-2, Piraquara, Décima Câmara Cível, Rel. Juiz Convocado Francisco Luiz Macedo Junior, julgado em 10.11.2006).

Na oposição de contestação, a apelada não contrariou as alegações quanto à aquisição da propriedade pelo apelante, apenas arguiu em defesa a usucapião do imóvel, pois teria a posse mansa, pacífica e ininterrupta desde 2001.

Na sentença singular, o juízo julgou impossível a usucapião alegada, visto que, como não reconheceu a Escritura Pública de Compra e Venda apresentada como título de transferência do domínio, o imóvel pertenceria ainda ao Município, e este por proibição da Constituição Federal, não pode ser adquirido por usucapião.

Em sede recursal, tendo sido declarado o caráter hábil do documento para comprovar o domínio, por não se tratar de imóvel em que o Município é o proprietário, conheço do pedido de usucapião, entretanto não tendo a apelada preenchido os requisitos para tal modalidade de aquisição, julgo improcedente o pedido.

O art. 1.245 do Código Civil prevê que:

> Art. 1.240. Aquele que possuir como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Trata-se esse instituto de uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, em que o lapso exigido é de 5 anos de posse pacífica.

Entretanto, da instrução processual restou certo que a apelada não logrou em comprovar a prescrição aquisitiva do imóvel, visto que não produziu provas para tanto, tendo sido tomado apenas seu depoimento pessoal.

Outrossim, ainda que fosse possível considerar seu depoimento, o imóvel só fora comprado pelo autor no ano de 2007, sendo que o Município ainda possuía o domínio, portanto impossível a usucapião de bem público, nos termos do art. 102 do CC.

Sobre este entendimento, oportuna a citação do seguinte julgamento:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO IMISSÃO DE POSSE COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – AUSÊNCIA DE USUCAPIÃO – RECURSO PROVIDO – Diante da ausência dos elementos caracterizadores que ensejam a usucapião, prevalece o título aquisitivo constituído em escritura pública de compra e venda de imóvel registrada na matrícula do Cartório de registro de imóveis competente, em consonância com o princípio da publicidade. (TJBA, AC n. 8297-5/06, Rel. Des. Carlos Cintra, julgado em 28.11.2006).

Diante do exposto, estando presentes os requisitos para a imissão na posse do apelante, e ausentes os pressupostos para a usucapião especial urbana da apelada, dou procedência ao pedido recursal para determinar a desocupação voluntária do imóvel no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de expedição de mandado de imissão na posse, com requisição inclusive de força policial, se necessário.

Por derradeiro, quanto ao ônus de sucumbência, visto que o apelante obteve êxito na presente demanda, condeno a recorrida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, ficando o pagamento suspenso, na forma do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

Do dispositivo

Posto isto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe provimento para determinar a imissão dos apelantes na posse do imóvel objeto da ação, e seja comunicado o juízo de primeira instância para que expeça

respectivo mandado, intimando a requerida para desocupação voluntária, no prazo de 30 (trinta) dias, findos os quais os autores serão imitidos na posse, inclusive com requisição de força policial, se necessário.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO REVISOR, DES. SIDENI SONCINI PIMENTEL, APÓS O RELATOR PROVER O RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 1º.12.2011)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Revisor)

Diante da matéria posta em debate, pedi vista dos autos.

Em análise de todo o processado, mantenho entendimento no mesmo sentido esposado pelo relator, porém por fundamentos diversos.

O juízo singelo julgou improcedente o pedido de imissão dos autores na posse do imóvel descrito na petição inicial, sob o fundamento de que não fora preenchido o requisito relativo ao domínio, uma vez que a escritura pública de f. 17 constitui mero título translativo, que, conforme art. 1.245, *caput*, e § 1º, do Código Civil, não tem o condão de transferir a propriedade do imóvel. Destacou, ainda, o nobre julgador que a transferência só se perfaz com o registro do título translativo na matrícula do imóvel.

O relator, por sua vez, discordou desse posicionamento, entendendo que o documento trazido com a inicial, qual seja, a escritura pública de compra e venda (f. 17) se insere no conceito trazido pelo art. 1.245 do Código Civil, porquanto contém no seu verso protocolo do registro no Cartório competente para registrar imóveis nesta capital, sendo, assim, desnecessária a apresentação da matrícula do imóvel, traduzindo tal exigência excesso de formalismo.

Nesse ponto, discordo, pois entendo que o simples carimbo constante da escritura pública, relativo à prenotação de protocolo, não é suficiente para comprovar o registro da transmissão da propriedade do bem no Cartório de Registro de Imóveis, sendo indispensável para tal fim a matrícula do imóvel.

Por outro lado, restou suprido o requisito do domínio, visto que comprovada a transmissão da propriedade com a apresentação de certidão da matrícula às f. 141-2, cujo documento, além de ser público, já existia ao tempo da propositura da ação, é, portanto, admitida a apresentação na forma utilizada, rechaçando-se assim a impugnação manifestada em contrarrazões.

Logo, considero comprovado o domínio dos apelantes sobre o bem descrito na petição inicial, restando com isso preenchido o requisito.

No que tange à ausência de posse dos apelantes, restou incontroverso, visto que afirmado na inicial e não refutado na contestação, tendo inclusive informado a apelada que se mantém na posse do imóvel desde 2001.

Pois bem, superada essa questão, convém fazer análise do pedido de usucapião, arguido em defesa pela requerida-apelada. Nestes termos, observa-se da peça de defesa que a apelada não se insurgiu sobre o domínio dos apelantes acerca do bem, limitando-se a afirmar que se encontra na posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel desde o ano de 2001, tendo assim direito à usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

O julgador singelo, tendo entendido pela ausência de comprovação do domínio dos apelantes sobre o bem objeto da ação, considerando que a propriedade não deixou de ser do Município de Campo Grande,

afastou a possibilidade de usucapião, com espeque no art. 183, § 3º, da Constituição Federal, por se tratar de bem público.

Entretando, embora tenha sido reconhecido nesta instância, tanto pelo relator, quanto por este revisor, a comprovação do domínio dos apelantes sobre o bem, e não mais do Poder Público, ainda assim não procede o pedido de usucapião.

Inicialmente, consigno inexistir nos autos prova da posse mansa e pacífica da apelada sobre o imóvel desde 2001, uma vez que apresentou apenas prova documental (f. 60-1) e ainda assim com data de 2006. Soma-se a isso que, em depoimento pessoal, além das alegações referentes às negociações com o imóvel descrito na inicial desprovidas de provas, limitou-se a afirmar sua posse pelo período de 10 anos.

Ainda que assim não fosse, o domínio dos apelantes foi alcançado em agosto de 2007, com o registro da escritura de compra e venda no Cartório de Registro de Imóveis. Por outro lado, como visto, a apelada afirmou estar na posse do bem desde 2001, restando assim preenchido o requisito do tempo para obter o domínio por usucapião (5 anos – art. 183 da CF/88). No entanto, verifica-se que, quando a apelada afirmou ter adquirido a posse do bem (2001), este ainda era de propriedade do Município de Campo Grande, portanto impossível de ser usucapido, permanecendo o domínio até agosto de 2007, quando, como visto, passou aos apelantes.

Diante disso, como o período em que a apelada afirma estar na posse do imóvel coincide com o período em que o Município de Campo Grande era proprietário do bem, não procede o pedido de usucapião, em razão da norma contida no art.183, § 3º, da CF/88, e art. 102 do CPC.

Assim, dada a improcedência do pedido de usucapião e estando presentes os requisitos para a imissão dos apelantes na posse do imóvel respectivo, esta deve ser concedida, modificando-se a sentença.

Por tudo quanto exposto, acompanho o ilustre relator para conhecer e prover o presente recurso de apelação, no sentido de reformar a sentença objurgada e dar procedência ao pedido de imissão de posse, condenando-se a recorrida ao pagamento das custas e honorários.

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

De acordo com o relator.

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.029994-8 - Nioaque
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – OPOSIÇÃO PELO CÔNJUGE – OBRIGAÇÃO PESSOAL DO MARIDO POR ATO ILÍCITO – CONSTRIÇÃO DOS BENS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA DO CASAL – RESGUARDO DA MEAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Decorrendo a dívida de ato ilícito, praticado unicamente pelo marido, exclui-se da constrição a meação da mulher.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 29 de novembro de 2011.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Juraci da Silva Gomes interpõe apelação cível (f. 46-50) contra sentença (f. 40-2) que, nos embargos de terceiro opostos em face de Alessandra Alves Ferreira da Silva, julgou improcedente o pedido diante da inexistência de provas da meação sobre os bens penhorados. Condenou-a ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 600,00, nos termos do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, com a ressalva do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

Sustenta que opôs embargos de terceiro na qualidade de cônjuge para livrar da penhora a parte dos bens que compõem sua meação. Aduz que a obrigação tem origem em sentença condenatória na qual seu marido foi condenado ao pagamento de danos morais. Iniciado o cumprimento de sentença, a execução foi garantida pela penhora sobre os bens que guarnecem a residência do casal. Contudo, segundo defende, não deve responder pelos atos ilícitos perpetrados pelo seu cônjuge, mormente porque deles não se beneficiou, inexiste controvérsia sobre seu estado de casada e não houve oportunidade para produzir prova sobre a propriedade dos bens, até porque foi ela que os entregou ao oficial de justiça, conforme auto de entrega. Ao final, requer provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 66-9.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedente pedido formulado em embargos de terceiros opostos pela ora apelante em razão da constrição judicial realizada sobre os bens que guarnecem a residência do casal sem a reserva da meação.

A irresignação merece prosperar.

O Código de Processo Civil prevê em seu artigo 1.046, inciso III, a possibilidade da oposição de embargos de terceiros pelo cônjuge para salvaguardar a sua meação.

Por sua vez, o Código Civil dispõe:

> Art. 1.643. Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro:
>
> I – comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;
>
> II – obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.
>
> Art. 1.644. As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges.

Portanto, a meação de um cônjuge responde pelas obrigações do outro somente quando contraídas em benefício da família, conforme interpretação dos dispositivos legais.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

> Direito civil e processual civil. Meação. Execução de título judicial decorrente de ato ilícito. Acidente de trânsito. Devedor casado. Penhora de bens e sua posterior adjudicação, sem a ressalva da meação do cônjuge. Ação anulatória para defesa da meação. Viabilidade.
>
> - [...]
>
> - As decisões judiciais não atingem terceiros, estranhos à relação processual, a teor do art. 472 do CPC, situação enfrentada por mulher colhida pela adjudicação de bens que formam o patrimônio do casal em execução movida contra o marido, sem a sua participação nas circunstâncias que deram origem ao título executivo – ilícito perpetrado pelo cônjuge em acidente de trânsito –, tampouco reversão de qualquer proveito daí decorrente à entidade familiar.
>
> [...]
>
> - Apenas a título de complementação, convém registrar que a meação do cônjuge responde pelas obrigações do outro somente quando contraídas em benefício da família, conforme disposto no art. 592, inc. IV, do CPC, em interpretação conjugada com os art. 1.643 e 1.644, do CC/02, configurada, nessas circunstâncias, a solidariedade passiva entre os cônjuges. Em tais situações, há presunção de comunicabilidade das dívidas assumidas por apenas um dos cônjuges, que deve ser elidida por aquele que pretende ver resguardada sua meação.
>
> - Tratando-se, porém, de dívida oriunda de ato ilícito praticado por apenas um dos cônjuges, ou seja, apresentando a obrigação que motivou o título executivo, natureza

> pessoal, demarcada pelas particularidades ínsitas à relação jurídica subjacente, a meação do outro só responde mediante a prova, cujo ônus é do credor, de que se beneficiou com o produto oriundo da infração, o que é notoriamente descartado na hipótese de ilícito decorrente de acidente de trânsito, do qual não se cogita em aproveitamento econômico àquele que o causou. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 874273/RS, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 3.12.2009, DJ de 18.12.2009).
>
> Embargos de terceiro. Mulher casada. Ato ilícito. Meação. Recurso especial. Inadmissibilidade.
>
> I. - Decorrendo a dívida de ato ilícito, praticado pelo marido, exclui-se da penhora a meação da mulher se não há comprovação de que esta se beneficiou do ato. Ofensa ao art. 1521, III, do Código Civil não caracterizada.
>
> II. - A divergência de julgamentos apta à admissibilidade do presente recurso pressupõe a semelhança entre as hipóteses que as ensejaram tal como apuradas pelas decisões confrontadas.
>
> Inexistência, *in casu*. III. - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 208322/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 22.5.2003, DJ de 30.6.2003, p. 236)

No caso, a execução na qual houve a constrição tem origem em ato ilícito praticado por Cirilo Gomes de Lima (condenação por danos morais), restando evidente que não houve qualquer participação da apelante ou benefício em prol da família.

Ainda que ela não tenha juntado a certidão de casamento, o seu estado civil não foi contestado pela apelada (f. 28-9), e, quando do recebimento dos embargos, o magistrado não fez qualquer referência a respeito.

Outrossim, não há dúvida de que os bens, se não eram de sua propriedade, estavam na sua posse, pois foi ela quem recebeu o oficial de justiça na residência quando da penhora e avaliação (certidão f. 53, 55) e os entregou obedecendo ao mandado de entrega (f. 58).

Destarte, de aplicação também o § 1º do referido artigo 1.046, estabelecendo: "*§ 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor*".

Aliás, apesar de a recorrente ter protestado por dilação probatória para comprovar a propriedade dos bens na impugnação à contestação (f. 36), o magistrado sentenciou o feito sem oportunizar sua realização.

Assim, se a dívida é pessoal do executado, visto que o ato do qual derivou o título judicial foi praticado por ele, somente o patrimônio deste garante a execução. Cuida-se, portanto, de devedor casado, e sendo comuns os bens da garantia, fica reduzida ao limite da sua meação.

Quanto à reserva, apesar de o magistrado afirmar que foi preservada (f. 25), tal situação não ocorre nos autos, pois, no auto de penhora e depósito (f. 14-5), não há qualquer ressalva e posteriormente foram adjudicados todos os bens (f. 19-20).

De tal modo, deve ser reconhecido o direito da recorrente sobre 50% dos bens constritados, cujo total alcança R$ 3.895,00, e como já foram entregues, a recorrida deverá proceder à restituição do equivalente a R$ 1.947,50, que, analisando o auto de adjudicação, correspondem, aproximadamente, a: 1) geladeira – R$ 800,00; 2) ar-condicionado Eletrolux – R$ 400,00; 3) jogo de sofá, de 2 e 3 lugares – R$ 400,00; 4) forno elétrico, marca Nardelli – R$ 230,00; e, 5) antena parabólica com receptor – R$ 100,00 (f. 19-20).

Conclusão

Diante do exposto, voto por se dar provimento ao recurso, a fim de reconhecer o direito da recorrente sobre 50% dos bens constritados correspondentes a sua meação, ficando a recorrida obrigada a devolvê-los conforme acima relacionados.

Considerando o resultado do recurso, caberá à apelada arcar com a sucumbência, inclusive os honorários na forma fixada na sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Paulo Alfeu Puccinelli e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 29 de novembro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.033172-7 - Itaquiraí
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA–APELAÇÃOCÍVEL–REPARAÇÃODEDANOS–CURSODECAPACITAÇÃO DE DOCENTE – NÃO RECONHECIMENTO PELO MEC – IMPOSSIBILIDADE DE EMISSÃO DO DIPLOMA – INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – DEVER DE INDENIZAR – DANO MATERIAL E MORAL – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O inadimplemento contratual gera o direito de indenização em perdas e danos.

O valor dos danos morais deve ser arbitrado com prudência e moderação, não devendo ser fonte de enriquecimento nem insuficiente para compensar a dor sofrida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de dezembro de 2011.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu-Vizivali interpõe apelação cível (f. 370-85) contra sentença (f. 361-6) que, na ação de reparação de danos movida por Maria Célia Nogueira, julgou procedentes os pedidos para condená-la: i) a pagar R$ 7.779,42, a título de dano material, atualizados pelo IGPM-FGV desde cada um dos pagamentos comprovados e do valor de f. 48, a partir do vencimento de cada prestação da matrícula e mensalidades; com relação ao ressarcimento do montante gasto com transporte, a correção monetária será a partir do ajuizamento da ação; ii) a R$ 4.000,00, por danos morais, corrigidos pelo mesmo indexador a partir da sentença. Os juros de mora de 1% ao mês em ambos os casos incidirão da citação. Custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% da condenação (art. 20, § 3º, CPC), pela recorrente.

Sustenta que recentemente foi autorizada pelo Conselho Nacional de Educação – CNE – e Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná – CEE – a oferta especial e excepcional de curso de pedagogia sob a regulamentação da Secretaria de Educação à distância do MEC, distribuído nos polos autorizados pela UAB-Paraná, visando a regularizar em definitivo a diplomação dos alunos que cursaram o programa de capacitação para a docência dos anos iniciais do ensino fundamental e da educação infantil, já que todas as horas do curso frequentado pela recorrida serão devidamente aproveitadas na complementação que será oferecida gratuitamente pelo Estado do Paraná.

Aduz que o Governo do Estado do Paraná noticiou em rede estadual de comunicação e pela página oficial da Secretaria Estadual de Educação – SEED – que os alunos que cursaram o programa junto à apelante terão seus diplomas reconhecidos, não havendo, por isso, ser responsabilizada por qualquer ato praticado, já que meramente cumpria determinações do Estado, agindo de boa-fé e implantando o curso por ele autorizado.

Defende o não cabimento da condenação em dano moral ou a sua redução para dois salários-mínimos, bem como em relação aos danos materiais, porque jamais recebeu as mensalidades e demais taxas, já que foram pagas diretamente ao IESDE Brasil S.A., conforme acordado no contrato particular de prestação de serviços. Ao final, pede provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 397-404.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Revelam os autos que a recorrida ajuizou ação pleiteando reparação de danos materiais e morais sofridos em decorrência de ter realizado curso de capacitação para docência dos anos iniciais do ensino fundamental e da educação infantil no período de 2005 a 2007 e, de posse do atestado de conclusão, tomou conhecimento da impossibilidade da expedição do diploma por ausência de reconhecimento do MEC. Obteve êxito no pleito, contra o qual se insurge a recorrente de acordo com as razões relatadas.

Não obstante os argumentos, a sentença deve ser mantida.

Do dever de indenizar

Resta incontroverso que a relação existente entre uma instituição de ensino particular e o aluno é de índole consumerista, uma vez que este é destinatário final dos serviços prestados por aquela, estando também presente o traço da vulnerabilidade jurídica (art. 2º e 4º, inciso I, do CDC).

Ao tratar da responsabilidade do fornecedor pelos vícios de qualidade e quantidade na prestação de serviços, dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
>
> I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
>
> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
>
> III - o abatimento proporcional do preço.
>
> § 1° A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.
>
> § 2° São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade. (destacado)

Zelmo Denari[1], autor do anteprojeto do referido código, ao tecer comentários ao dispositivo, anota:

> O art. 20 do Código disciplina a responsabilidade do fornecedor, por vícios de qualidade e de quantidade dos serviços.
>
> Os serviços padecem de vício de qualidade quando são impróprios ao consumo, ou seja, quando se mostram inadequados para os fins que deles se esperam ou não atendam às normas regulamentares de prestabilidade (cf. § 2º).
>
> [...]. No termos do art. 20, o serviço prestado também é defeituoso quando houver disparidade com as indicações da oferta ou mensagem publicitária.

Na hipótese, a impossibilidade de se emitir o diploma de formação do curso de nível superior caracteriza o vício na qualidade de serviço, fato que faculta à consumidora escolher a forma de ressarcimento que, no caso, está albergada no inciso II do referido dispositivo.

Nem se diga que a culpa pelo vício é de terceiro, pois sabedora que o curso não era reconhecido pelo Ministério da Educação e Cultura – MEC –, ainda que tenha sido autorizado pelo Estado, não poderia se aventurar em ministrá-lo sem antes ter cientificado a recorrida dessa situação, a fim de que possibilitar o direito de escolha.

Não bastasse, deferiu a matrícula da apelante mesmo não preenchendo os requisitos exigidos para o programa de capacitação.

O artigo 87 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB –, ao instituir a "Década da Educação", estabeleceu que cada Município e, supletivamente, o Estado e a União, **deverão realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício.**

Com base nesse dispositivo, o Conselho Nacional de Educação elaborou e aprovou por unanimidade a Deliberação 04/2002, instituindo o Programa Especial de Capacitação para docência nos anos iniciais do ensino fundamental e educação infantil, em que se estabeleceu como conceito e objetivo (f. 189):

> Art. 1º A formação de docentes, no nível superior, para os anos iniciais do ensino fundamental e suas modalidades e para a educação infantil, será feita em cursos de licenciatura plena, bem como em programas especiais de capacitação.
>
> § 1º Os programas de capacitação de que trata o *caput* destinam-se a propiciar, a todos os profissionais em exercício de atividades docentes, formação em nível superior, em caráter especial.
>
> [...].
>
> Art. 3º Os programas especiais de capacitação de que trata esta Deliberação:
>
> [...]
>
> II – têm sua oferta limitada aos profissionais atuando no magistério em estabelecimento de educação básica ou em instituição de educação infantil; [...] (destacado).

Na mesma linha de entendimento, o Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná dispôs na Deliberação n. 04/2002 (f. 112), em seu artigo 1º que: "*A formação de docentes, no nível superior, para os anos iniciais do ensino fundamental e suas modalidades e para a educação infantil, será feita em cursos de*

1 GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 221.

licenciatura, de formação plena, bem como em programas especiais de capacitação. [...] § 1º [...] a todos os profissionais em exercício de atividades docentes, formação em nível superior, em caráter especial". (destacado)

Como se vê, o programa de capacitação era destinado aos professores em atividade, e a apelante não se enquadrava nesta hipótese, pois era estagiária voluntária (f. 338), de modo que nem sequer poderia frequentar o curso.

Logo, a ausência de esclarecimento sobre a situação de regularidade do curso ao aluno caracteriza o dever de indenizar as perdas e danos, independentemente de que não tenha sido ela quem recebeu as mensalidades e taxas, já que, por ser pessoa jurídica de direito privado, resta inquestionável que obteve lucro com a situação, além do que foi a responsável direta pelos danos causados à recorrida. Deve, ser for o caso, resolver os seus prejuízos em sede de ação regressiva.

O fato de o Governo do Estado prometer a regularização do curso e diplomação não se revela suficiente para descaracterizar sua responsabilidade, até porque essa situação perdura desde 2007. Ademais, está se exigindo uma complementação curricular, da qual a apelada manifestou não ter mais interesse em realizá-la por falta de tempo e transporte (f. 399).

Do dano moral

A respeito, Zelmo Denari[2] anota:

> Em sede de prestação de serviços é que, com mais frequência, se localizam os danos que afetam a esfera moral dos consumidores. O Código não faz expressa referência à sanção relativa aos danos morais partindo do suposto que pertence à Teoria Geral do Direito. De todo modo, da leitura dos julgados prolatados em ações indenizatórias propostas por consumidores e, principalmente, usuários de serviços prestados por empresas privadas e públicas, nota-se que os danos morais constituem, por vezes, a reparação mais acalentada por todos aqueles que se sentem ofendidos ou destratados nas relações de consumo pactuadas com os respectivos fornecedores. [...]. Os aplicadores da norma jurídica devem se conscientizar dessa legítima expectativa dos consumidores, não se furtando a aprofundar o estudo de cada caso, para aferir com justeza e correção a medida do ressarcimento moral, tarefa árdua, carente de parâmetros normativos, talvez por isso, mais envolvente e sedutora.

Na espécie, a recorrida inscreveu-se no curso de capacitação para docência, cuja finalidade era obter diploma de nível superior que lhe possibilitaria angariar novas oportunidades de trabalho na área de educação. A frustração dessa expectativa não apenas lhe impossibilitou o objetivo, como implicou a perda de tempo, já que poderia ter buscado tal título perante outra instituição de ensino e já ter concluído o curso em decorrência do tempo já transcorrido, ou seja, mais de 6 anos, de modo que faz jus à indenização por dano moral.

Do *quantum* indenizatório

A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em um meio de enriquecimento sem causa para o ofendido, com manifestos abusos e exageros, nem para o desprestígio do Poder Judiciário, com condenação em valores irrisórios, devendo o arbitramento operar-se com moderação e proporcionalidade ao grau de culpa e à extensão do dano causado.

2 GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 222.

A jurisprudência já solidificou entendimento no sentido de que a particularidade, a extensão do gravame advindo da ação ilícita e a condição econômica do ofendido (funcionária pública municipal - telefonista - f. 49 - pessoa hipossuficiente nos termos da lei - f. 15) devem ser apreciadas no momento da estipulação do *quantum* indenizatório, para que seja evitado o enriquecimento sem causa.

Atentando a esses fatores, constata-se que a quantia de R$ 4.000,00 mostra-se adequada e atinge suas finalidades, quais sejam, servir de exemplo para o causador do dano não reincidir na prática indevida, e proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido.

Assim, inexistente qualquer circunstância que permita modificar a conclusão do magistrado de primeiro grau, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Paulo Alfeu Puccinelli e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.034348-5 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS – PROMESSA DE COMPRA E VENDA – RESCISÃO – PEDIDO NÃO REALIZADO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO – AÇÃO AUTÔNOMA – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A ausência do pleito de indenização por benfeitorias no processo de rescisão c/c reintegração de posse não obsta que a parte utilize ação autônoma para discutir a matéria, em obediência ao princípio que veda o enriquecimento sem causa.

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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Rosenir Lima de Oliveira interpõe apelação cível (f. 86-92) contra sentença (f. 83-4) que, na ação de restituição de parcelas pagas c/c indenização por benfeitorias movida em face de Enccon – Engenharia Comércio e Construções Ltda. –, indeferiu a inicial e extinguiu o processo por inadequação da via eleita.

Sustenta que o fato de o pedido de retenção de benfeitorias não ter sido feito na ação de rescisão não importa na perda do direito de ser indenizada em ação autônoma de conhecimento por aquelas realizadas no imóvel, até porque a matéria não foi objeto de discussão naquele processo. Defende que faz jus à indenização sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa da recorrida que se beneficiará das acessões e benfeitorias realizadas. Pleiteia a concessão de liminar para autorizar a retenção do imóvel até seu efetivo ressarcimento. Colaciona julgados em favor de sua tese e, ao final, pede provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

A recorrente ajuizou ação pretendendo restituir as parcelas pagas em decorrência de imóvel adquirido da recorrida por instrumento particular de promessa de compra e venda, bem como ser indenizada das benfeitorias realizadas, tendo em vista a ocorrência da rescisão do contrato e reintegração da apelada na posse do bem por conta de sua inadimplência contratual.

O magistrado de primeiro grau indeferiu a inicial por entender ser inadequada a via eleita, pois, com o trânsito em julgado da sentença que rescindiu o contrato e determinou a reintegração da recorrida na posse, a ação de que dispõe a apelante para discutir as matérias é a impugnação quando iniciado o cumprimento do provimento judicial, dela se insurgindo de acordo com as razões relatadas.

A questão versa sobre a possibilidade de se discutir a indenização de benfeitorias, que não foram objeto de discussão na rescisão contratual, já que, com relação à extinção do pedido ao ressarcimento das parcelas pagas, não houve insurgência.

Não obstante os argumentos do ilustre magistrado de primeiro grau, a sentença merece parcial reforma.

É que o fato de a apelante não ter pleiteado a indenização por benfeitorias no processo de rescisão c/c reintegração de posse não obsta que venha em ação autônoma discutir a matéria, até porque se trata de direito a ser resguardado para que não ocorra enriquecimento sem causa da parte reintegrada na posse do imóvel.

O que não pode ser discutido fora do processo principal de conhecimento é o direito à retenção, que é matéria de defesa e deve ser arguida na contestação, sob pena de preclusão.

A respeito, Sílvio de Salvo Venosa anota:

> A jurisprudência de há muito inclinava-se no sentido de que o direito à retenção, nas ações possessórias, deve ficar reconhecido na sentença. Destarte, não alegadas ou não provadas benfeitorias no curso da ação possessória, fica inibida a defesa por meio de embargos de retenção [...]. No entanto, ainda que não seja possível esse procedimento, o credor poderá sempre recorrer às vias ordinárias; caso contrário, ocorreria enriquecimento injusto. (**Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 121. v. 5).

A propósito:

> CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - MORA DO COMPRADOR - RESCISÃO - BENFEITORIAS - RETENÇÃO.
>
> No contrato de compra e venda de imóvel a prestação, se o adquirente, devidamente notificado, não purga a mora, dá ensejo à rescisão do contrato.
>
> A retenção por benfeitorias úteis ou necessárias depende de sua devida discriminação e apuração nos autos; se tal não for feito, ainda resta à parte o direito de pleitear indenização por elas, em ação própria. (TAMG, AC n. 403729-0, Sétima Câmara Cível, Rel. Guilherme Luciano Baeta Nunes, DJ de 9.10.2003).
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - BENFEITORIAS - PRECLUSÃO - INOCORRÊNCIA - DEMONSTRAÇÃO CLARA DAS MELHORIAS - IMPRESCINDIBILIDADE.
>
> - Conquanto ocorra preclusão da pretensão de retenção do bem por benfeitorias se tal matéria não é alegada em defesa, o mesmo não ocorre com o direito à indenização, que pode ser objeto de ação autônoma, destinada a impedir o enriquecimento sem causa da parte imitida na posse do bem.
>
> [...]. (TAMG, AC n. 444.998-1, Sexta Câmara Cível, Rel. Juiz Elias Camilo, DJ de 2.12.2004).
>
> PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - PROVA: VALORAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS - CONTRATO POR TEMPO INDETERMINADO: NOTIFICAÇÃO (ART. 960 DO CÓDIGO CIVIL).

> [...]. 4. Indenização por benfeitorias que, à míngua de pedido explícito na contestação e sem a mensuração do seu valor, fica para posterior ação.
>
> [...]. 6. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 97236/SP, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 15.8.2000) – destacado.

Assim, deve a ação prosseguir somente em relação ao pedido de indenização por benfeitorias.

Quanto ao pedido de concessão de liminar para autorizar a retenção do imóvel até o ressarcimento, a questão deverá ser apreciada pelo juízo *a quo* para se evitar supressão de instância e ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se dar parcial provimento ao recurso, para tornar insubsistente a sentença, a fim de determinar o prosseguimento da ação quanto ao pleito de indenização pelas benfeitorias, cabendo ao juízo monocrático analisar o provimento liminar pretendido

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Paulo Alfeu Puccinelli e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2011.

***

Quarta Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2011.024377-6 - Cassilândia
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO PROFERIDA POR JUIZ DE DIREITO – EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA – PENHORA *ON-LINE* EM ATIVOS FINANCEIROS DOS IMPETRANTES, SEM QUALQUER PROVOCAÇÃO DO BANCO CREDOR – PROVIDÊNCIA ANTERIOR AO ATO DE CITAÇÃO, SEM POSTULAÇÃO DO CREDOR – ATO ILEGAL – OFENSA AO ART. 653 C.C. ART. 651, III, BEM COMO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – SEGURANÇA CONCEDIDA, COM O PARECER.

Revela-se ilegal a decisão interlocutória que, anteriormente ao ato de citação, de ofício, determina a constrição *on-line* de ativos financeiros da pessoa jurídica, ainda que sob o pretexto de se dar efetividade ao processo de execução. Há de se observar o estatuto processual vigente quanto ao direito do devedor de ser citado e pagar a dívida no prazo legal, sob pena de afronta ao devido processo legal. Ademais, tratando-se de questão patrimonial, sem qualquer interesse público, qualquer deferimento liminar deverá ser precedido de pedido do credor interessado, o que inocorreu na hipótese descrita no mandado de segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Seção Cível 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. Ausente, por férias, o Des. Vladimir.

Campo Grande, 28 de novembro de 2011.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Canaã Alimentos Ltda. e outro ajuízam mandado de segurança em face de ato imputado ao Juiz de Direito da Comarca de Cassilândia, nos autos da execução por quantia certa movida por Itaú Unibanco S.A.

Afirmam que o Banco Itaú ajuizou uma execução por quantia certa em seu desfavor (Autos n. 0800987-89.2011.8.12.0007), com o objetivo de receber o valor de R$ 144.475,32 (cento e quarenta e quatro mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e trinta e dois centavos).

Ocorre que a autoridade coatora, antes de determinar a regular citação, realizou, de ofício e liminarmente, *"a penhora de valores por meio do sistema Bacen-Jud, bloqueando o capital de giro da empresa impetrante, sem qualquer despacho inicial"* (f. 3).

Sustentam que a constrição *on-line* fere o direito líquido e certo dos impetrantes, pois não houve a determinação de citação para o cumprimento voluntário da execução, oferecimento de bens à penhora ou

oposição de embargos à execução. Ademais, o numerário constrito serve para o pagamento dos funcionários da empresa e é essencial para o exercício de suas atividades.

Requerem a concessão da liminar, a fim de determinar a suspensão do ato impugnado, desbloqueando os valores constritos. Ao final, pugnam pela concessão da segurança, garantindo o desbloqueio da quantia constrita nos autos, assegurando aos impetrantes o direito constitucional da ampla defesa e ao contraditório.

Instruíram o *mandamus* com os documentos de f. 9-58.

De início, foi indeferido o pedido de liminar (f. 60-1).

Com a vinda de documentos novos (f. 64-9), foi deferida a liminar para determinar à autoridade coatora que restitua aos impetrantes o numerário constrito pela via eletrônica (f. 71-2).

Informações prestadas pela autoridade coatora (f. 89-90).

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 104-10), onde opina pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Canaã Alimentos Ltda. e outro em face de ato imputado ao Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia, Dr. Sílvio Cézar do Prado, nos autos da execução por quantia certa movida por Itaú Unibanco S.A.

Como relatado, afirmam que o Banco Itaú ajuizou uma execução por quantia certa em seu desfavor (Autos n. 0800987-89.2011.8.12.0007), com o objetivo de receber o valor de R$ 144.475,32 (cento e quarenta e quatro mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e trinta e dois centavos).

Ocorre que a autoridade coatora, antes de determinar a regular citação, realizou, de ofício e liminarmente, *"a penhora de valores por meio do sistema Bacen-Jud, bloqueando o capital de giro da empresa impetrante, sem qualquer despacho inicial"* (f. 3).

Sustentam que a constrição *on-line* fere o direito líquido e certo dos impetrantes, pois não houve a determinação de citação para o cumprimento voluntário da execução, oferecimento de bens à penhora ou oposição de embargos à execução. Ademais, o numerário constrito serve para o pagamento dos funcionários da empresa e é essencial para o exercício de suas atividades.

Requerem a concessão da liminar, a fim de determinar a suspensão do ato impugnado, desbloqueando os valores constritos. Ao final, pugnam pela concessão da segurança, garantindo o desbloqueio da quantia constrita nos autos, assegurando aos impetrantes o direito constitucional da ampla defesa e ao contraditório.

Foi deferida a liminar para determinar que a autoridade coatora restituísse aos impetrantes o numerário constrito pela via eletrônica (f. 71-2).

Informações prestadas pela autoridade coatora (f. 89-90).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 104-10) foi pela concessão da segurança.

Do ato da autoridade tida como coatora

Consta destes autos que foi bloqueada pela autoridade impetrada, pelo sistema *Bacen-Jud*, a importância de R$ 144.468,02 (cento e quarenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e oito reais e dois centavos) na conta-corrente da empresa impetrante, para fins de satisfação do crédito em execução.

Verifica-se que a referida constrição se deu no dia 5.8.2011 (f. 65), ou seja, **antes mesmo do próprio despacho ordinatório determinando a citação** e possibilidade de pagamento da dívida pelos devedores-impetrantes (art. 652, CPC). Consta destes autos, conforme extrato do SAJ trazido pelos impetrantes, que o despacho de recebimento da inicial, determinando a citação dos executados-impetrantes, foi disponibilizado no dia 8.8.2011, vale dizer, em data posterior à constrição.

Nos autos da execução por quantia certa movida pelo Banco Itaú Unibanco (f. 14-5), não há pedido do credor pleiteando a constrição *on-line* tal como se deu, ou seja, antes mesmo da tentativa de citação, o que, em tese, poderia ter sido feito pelo credor, com base no permissivo constante do art. 615, III, do CPC (medida acautelatória urgente). Mas, como dito, não é o caso.

A autoridade impetrada determinou e fez bloquear ativo financeiro (contrição *on-line)* antes mesmo da citação e sem pedido expresso do credor, afrontando o disposto no art. 652 e art. 615, III, ambos do CPC.

A regra é que qualquer pedido de tutela ao juízo seja provocado pela parte. Só em raros casos é que se admite medida cautelar *ex officio*. É que, no dizer de Humberto Theodoro Júnior,

> Embora a jurisdição realize uma função pública – pois o processo civil é preordenado a asseguar a observância da lei – sua prestação final protege interesses privados disponíveis das partes (BUZAID – Exposição de Motivos n. 5). [...].
>
> Uma jurisdição exercida de ofício, na qual **o órgão julgador procedesse por iniciativa própria, sem esperar a solicitação da parte, repugnaria ao conceito que modernamente estabelecemos, da função do juiz, que, para manter-se imparcial, deve aguardar ser requerido e limitar-se a fazer justiça a quem a pede**; [...].
>
> Esse princípio dogmático vigora também, como norma geral, no campo da tutela cautelar.[1]

Como dito na decisão primeira e que ora reafirmo, há de se aplaudir a tentativa de se dar efetividade ao processo, por parte da autoridade coatora, o juiz Silvio Cézar do Prado. No entanto, há de se assegurar à parte o devido processo legal, o que não ocorreu no presente caso.

Não houve fundamentação precedida de provocação da parte, isto é, fundamentação plausível, a justificar a medida extrema, em flagrante ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

Estabelece o art. 93, IX, da lei maior que todas as decisões judiciais devem ser motivadas, sob pena de nulidade. É forte a razão para isso, pois só assim será possível o manejo do respectivo recurso e obediência ao devido processo legal. Sem a motivação, torna-se impossível as razões de recurso.

Como lembra Nelson Nery Júnior:

1 **Processo cautelar**. 21. ed. São Paulo: Leud, 2004. p. 115-6.

> Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram "substancialmente" fundamentadas as decisões que afirmam que "segundo os documentos e testemunhas ouvidas, o autor tem razão, motivo porque julgou procedente o pedido". Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.[2]

Como já havia adiantado por ocasião da concessão da liminar neste *mandamus*, esse tema tem certa semelhança com os estudos elaborados pelos processualistas José Carlos Barbosa Moreira,[3] Enrico Tullio Liebman,[4] José Augusto Delgado[5] e Ada Pellegrini Grinover.[6]

Não há notícia de que o banco credor tivesse: a) solicitado tutela de urgência ou medida acautelatória urgente; b) ou ingressado com ação cautelar.

Tenho dito que da decisão do juiz capaz de provocar gravame na parte cabe recurso. Entrementes, quando não há decisão fundamentada, que a rigor inviabilizaria recurso, cabível é o mandado de segurança.

Não havendo fundamentação consistente da autoridade judiciária ora impetrada, quanto à constrição pelo sistema *Bacen-Jud*, impede-se até mesmo o exercício do contraditório e da ampla defesa. É o caso dos autos.

Tratando-se de direito patrimonial, com incidência de **interesses privados**, o juízo só poderá conceder medida liminar ou tutela antecipada se previamente provocado.

Ora, o banco credor não postulou, na referida execução, nenhuma tutela de urgência. Logo, como sustentar como válido o ato do juiz que determinou, de ofício, o "arresto" ou a "penhora antecipada" do ativo financeiro da empresa impetrante?

Pelo conteúdo do ato coator, não se sabe os motivos que levaram a autoridade impetrada a determinar a constrição *on-line,* para a satisfação do crédito em execução. Simplesmente se determinou tal medida sem a fundamentação correspondente (motivos de fato e de direito), o que deve ser repelido até mesmo pela via mandamental, ante a manifesta ilegalidade.

O bloqueio *on-line* pela via do *Bacen-Jud*, sem pedido expresso do credor, e anteriormente ao de citação, ofende o disposto no art. 652 e art. 615, III, ambos do CPC, além do devido processo legal, ainda que sob o pretexto de se dar efetividade ao processo.

Como dito, filio-me à corrente processualista que defende a efetividade do processo de execução, que se dá no interesse do credor. Todavia, deve o magistrado observar a lei processual vigente, que, em demanda envolvendo interesses privados, só admite o deferimento de tutela de urgência mediante a provocação do credor, o que inocorreu no caso em exame. Simplesmente houve a constrição *on-line* antes mesmo do ato de citação*,* **e sem pedido expresso do credor**.

Posto isto, com o parecer, concedo a segurança, a fim de ratificar a liminar concedida nestes autos, de desbloqueio do numerário penhorado nos autos da execução.

---

2 **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 175.

3 A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito, RBDP 16/111, RCDUFU 7-2/209.

4 Do arbítrio à razão - reflexões sobre a motivação da sentença, RP 29/79.

5 A obrigatoriedade da motivação das decisões, RT 664/27, n. 4.

6 O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros, Ajuris 50/5.

Declaro extinto o processo com resolução de mérito (art. 269, I, do CPC).

Sem custas e sem honorários, por se tratar de mandado de segurança.

Dê-se ciência à autoridade tida como coatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM O PARECER. AUSENTE, POR FÉRIAS, O DES. VLADIMIR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Fernando Mauro Moreira Marinho, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 28 de novembro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.030341-2 - Fátima do Sul
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL – DANO MORAL CONFIGURADO – MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – VALOR ARBITRADO EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A manutenção da inscrição indevida e ilegal do nome da consumidora no cadastro de inadimplentes, descumprindo decisão judicial já transitada em julgado, é causa geradora de danos morais, passível de reparação, principalmente porque impediu a consumidora de realizar empréstimos financeiros.

Mantém-se o valor fixado a título de reparação, quando compatível com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

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, 10 de novembro de 2011.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Brasil Telecom S.A**.** interpõe recurso de apelação em face da sentença que julgou procedente o pedido articulado na ação de indenização por danos morais ajuizada por Camila de Santana**,** condenando-a ao pagamento de R$ 8.175,00 (oito mil, cento e setenta e cinco reais) a título de danos morais.

Em suas razões recursais (f. 131-5), alega que o *quantum* indenizatório encontra-se demasiadamente excessivo e em desconformidade com a jurisprudência deste Tribunal.

Afirma que a sentença não respeitou o princípio da proporcionalidade e os critérios para fixação do valor, impondo à recorrente um excessivo ônus, acarretando o enriquecimento sem causa da autora-apelada.

Assim, pugna pelo provimento do recurso para minorar o *quantum* indenizatório para patamar razoável e equitativo.

Contrarrazões apresentadas às f. 146-51.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Brasil Telecom S.A. contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Fátima do Sul que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Camila de Santana, julgou procedente o pedido, condenando-lhe ao pagamento de R$ 8.175,00 (oito mil, cento e setenta e cinco reais) a título de danos morais.

Colhe-se dos autos que a autora havia ingressado com ação de obrigação de fazer contra a empresa-apelante, no Juizado Cível Especial da Comarca de Fátima do Sul. No referido processo, o pedido foi julgado procedente, determinando àquele juízo que fossem estornados os valores referentes aos meses de dezembro a fevereiro de 2009 e que fosse excluído o nome da autora do cadastro de inadimplentes.

Ocorre que, ao pleitear um empréstimo pessoal na Caixa Econômica Federal, teve a autora apelada seu crédito negado, em virtude de seu nome estar incluso no banco de dados da Serasa. Ao verificar essa suposta pendência, constatou ter sido a inserção feita pela empresa-ré e em decorrência do mesmo débito cuja sentença mandou excluir, tendo descumprido ordem judicial já transitada em julgado.

Assim, não lhe restou alternativa, se não a tutela jurisdicional para retirada de seu nome da Serasa e reparação pelos danos morais sofridos.

O juiz singular julgou procedente o pedido, condenando a ré por danos morais no importe de R$ 8.175,00 (oito mil, cento e setenta e cinco reais), a ser corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV a partir da sentença e juros de 12% ao ano.

Alega a empresa-apelante que o *quantum* indenizatório encontra-se demasiadamente excessivo e em desconformidade com a jurisprudência deste Tribunal, desrespeitando o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, acarretando o enriquecimento sem causa da autora.

É certo que a tarefa de quantificar a indenização por dano moral é difícil e árdua, pois se tem 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.

Este é o posicionamento do STJ:

> [...] A indenização por danos morais deve ser arbitrada com moderação pelo julgador, considerando a realidade de cada caso, submetendo-se ao controle do STJ quando exagerado ou ínfimo o seu valor, fugindo de qualquer parâmetro razoável.[...] (STJ, AgReg em REsp n. 958.885, 2007/0130885-4, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ de 8.4.2011, p. 1117).

> [...] O arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado pelas instâncias ordinárias com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrido e, ainda, ao porte econômico do recorrente, orientando-se pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade. A revisão desse valor demandaria o reexame de fatos e provas. [...] (STJ, AgReg em REsp n. 1.085.084, 2008/0187510-0, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ de 16.8.2011, p. 486).

No caso dos autos a ré apelante foi demasiadamente negligente. Embora proferida sentença no Juizado Cível Especial, determinando a exclusão do nome da autora do cadastro de inadimplentes, a ré apelante, de forma desidiosa, descumpriu o comando judicial, mantendo o nome da autora em seus cadastros de devedores.

A manutenção da inscrição indevida do nome da consumidora no cadastro de inadimplentes, descumprindo decisão judicial já transitada em julgado, por si só, é causa geradora de danos morais, passível de reparação, visto que a impediu de realizar empréstimos financeiros.

Registro, por oportuno, que em casos semelhantes, esta 5ª Turma Cível tem fixado valor até superior àquele arbitrado pelo juiz *a quo*. Impossível, porém, qualquer majoração, ausente o recurso voluntário da autora.

Nesse contexto, entendo que o *quantum* de R$ 8.175,00 (oito mil, cento e setenta e cinco reais) mostra-se razoável diante da casuística.

Diante destes argumentos, conclui-se que deve ser mantida a sentença que condenou a apelante-ré a indenizar a autora-apelada pelos danos morais sofridos.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Brasil Telecom S/A, mas nego-lhe provimento**,** mantendo os termos da bem lançada sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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, 10 de novembro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.031690-7 - Dourados
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO – BENS PENHORÁVEIS NÃO LOCALIZADOS – SUSPENSÃO DEFERIDA – EXTINÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL COM RESPALDO EM METAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) – IMPOSSIBILIDADE – EXECUÇÃO NÃO ATINGIDA PELA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – DIREITO MATERIAL LATENTE – RECURSO PROVIDO.

O processo de execução suspenso a pedido do credor por inexistência de bens penhoráveis (inc. III, art. 791, CPC) só pode ser extinto por ausência de interesse processual se o exequente se descurar do andamento do feito, o que não ocorre neste momento, em que a execução nem sequer foi atingida pela prescrição intercorrente.

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, 10 de novembro de 2011.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Associação Beneficente Douradense – Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King – opõe-se pelo recurso de apelação à sentença que extinguiu sem resolução de mérito, inc. VI e § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil, a execução interposta em desfavor a Wagner Souza Santos.

Alega que a fixação de metas pelo CNJ não pode ceifar o direito de crédito do exequente (f. 212) e que durante a tramitação do feito vem, enfaticamente, demonstrando seu interesse de agir.

Sustenta que a ausência de bens passíveis de penhora não conduz à extinção da execução por falta de interesse de agir, e, sim, nos termos do inc. III do art. 791 do CPC, a suspensão *sine die*, providência, inclusive, requerida ao final.

O apelado, intimado para apresentar contrarrazões, quedou-se inerte, como certificado à f. 220.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

O processo de execução ajuizado pela Associação Beneficente Douradense – Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King – em outubro de 2008 encontra-se habilitado com nota promissória (f. 25), no valor de R$ 22.550,00 (vinte e dois mil, quinhentos e cinquenta reais) vencida em 11.8.2008.

Com a formação da relação jurídico-processual concluída em 2.2.2010 (f. 116), o apelado interpôs embargos do devedor, o qual foi liminarmente rejeitado, como se vê da sentença acolhida às f. 99-100.

Houve penhora de bens que guarnecem a residência do apelado (f. 120-1). O exequente manifestou desinteresse por serem insuficientes para garantir o principal e acessórios, de difícil alienação e impenhoráveis, de acordo com o inc. II do art. 649 do CPC (f. 138-41), requerendo penhora *on-line* de ativos financeiros ou de veículos que poderiam estar em nome do apelado.

O bloqueio em conta bancária restou infrutífero, dada a insuficiência do valor encontrado; foi deferida a penhora dos veículos (f. 150).

A apelante acabou por desistir da penhora dos veículos. Do veículo pálio por estar alienado à instituição financeira e pesar duas ações judiciais sobre dito bem; da motocicleta por não mais pertencer ao devedor (f. 164-5).

O apelado veio aos autos e informou ao juiz a inexistência de bens a serem penhorados: o imóvel por ser absolutamente impenhorável, por se tratar de sua residência; também impenhoráveis os bens que a guarnecem (f. 171-2).

Dada a inexistência de bens penhoráveis, a credora apelante requereu (f 183-4) a suspensão do feito com base no inc. III do art. 791 do CPC.

O magistrado optou por extinguir o processo sem resolução de mérito, com respaldo na Meta 3 do CNJ (redução em pelo menos 10% do acervo de processo na fase de cumprimento ou de execução), princípios do tempo máximo de duração do processo (inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal), e do resultado ou máxima utilidade do processo executivo (inc. VI e § 3º do art. 267 do CPC), gerando o inconformismo do exequente.

Há de se aplaudir o trabalho hercúleo do juiz *a quo*, no sentido de diminuir o volume de processos que abarrota o Judiciário.

No caso versando, no entanto, não vejo como manter a sentença, porque **o direito substancial do apelante encontra-se latente**, impondo-se, assim, a preservação da ação de execução.

O argumento da apelante de que em casos tais é de se levar o feito à suspensão *sine die* não deve prevalecer. Comungo da orientação doutrinária de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que, ao comentar o inc. III do art. 791 do CPC, dizem:

> A ausência de bens penhoráveis determina a suspensão da execução (art. 791, III, CPC). O mesmo se diga se só se localizam bens impenhoráveis, se não se localizam bens para responder à execução ou se localizam bens obviamente insuficientes (art. 659, §§ 2º e 3º, CPC). O Código de Processo Civil não prevê prazo máximo de suspensão. A suspensão, todavia, não pode ocorrer por prazo indeterminado. Assim, a suspensão da execução por prazo superior ao da exigibilidade do direito importa prescrição intercorrente. O art. 40, Lei n. 6.830, de 1980, regula a espécie na execução fiscal. "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente" (Súmula n. 314, STJ). A prescrição intercorrente aplica-se à execução civil. Aplica-se a prescrição intercorrente o mesmo prazo prescricional que disciplina o prazo para acionabilidade da pretensão em juízo. Tem-se decidido que a

> prescrição intercorrente pressupõe inação do exequente. Vale dizer: flui "se o credor não atender às diligências necessárias ao andamento do feito, uma vez intimado a realizá-las" (STJ, REsp n. 327.329-RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 14.8.2001, DJ 24.9.2001, p. 316).[1]

O processo suspenso por inexistência de bens penhoráveis tem seu estado de inércia enquanto perdurar o direito material e não indefinidamente como argumentou a apelante.

No caso em comento, segundo o inc. VIII do § 3º do art. 206 do Código Civil, o prazo que a credora dispõe para interceptar judicialmente o devedor com espeque em *título de crédito* é de 3 (três) anos *a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial,* obstando-se esse prazo com o ajuizamento da execução, que se deu em 5.3.2008, para uma dívida inicialmente vencida em 15.10.2008.

Assim, como houve o ajuizamento da execução em 15.10.2008, o transcurso do prazo em relação ao direito material foi interrompido, como estabelece o art. 219 e § 1º do CPC – e reiniciada a fluência do prazo por inteiro do direito material a partir de então.

Desta forma, não estando o direito da apelante materialmente afetado à época da sentença, não há acolher a tese da ausência de interesse processual e extinguir a execução para cumprir meta estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja execução, em princípio, apresenta-se formalmente em ordem.

Pelas razões expostas, conheço do recurso e lhe dou provimento, para determinar o normal prosseguimento da execução visando à satisfação da credora ou até que outra seja a intercorrência capaz de retirar-lhe a força executiva.

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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, 10 de novembro de 2011.

***

1 **Cód. de Proc. Civil Comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 736-7.

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.028376-3 - Sete Quedas
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO – ERRO MÉDICO CARACTERIZADO – DANO MORAL REDUZIDO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. Caracterizado o erro de procedimento adotado pelo médico servidor do Município, deve o ente público indenizar os danos morais e materiais sofridos pela apelante.

II. Aplicação da teoria da perda de uma chance porque à apelante não foi oportunizado o tratamento hospitalar adequado por meio de medicamentos, para que ela ao menos tivesse a chance de se recuperar do aborto espontâneo, sem a necessidade de extirpação dos dois ovários, que a tornou estéril.

III. Violação do direito à informação da paciente, que não foi cientificada da extração dos seus órgãos pelo médico responsável.

IV. Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável.

V. Reduzido o valor da condenação arbitrado pelo Juízo monocrático, a título de dano moral, considerando a extraordinária dor psíquica, física e moral experimentadas pela apelante, que teve extirpado um dos seus ovários, deve a indenização ser majorada, considerando as consequências decorrentes do dano causado pelo médico servidor pertencente aos quadros do Município recorrido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de novembro de 2011.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Cristina Almeida Silva, qualificada nos autos da Ação Indenizatória (Feito n. 044.07.000653-2, em curso na Vara Única da Comarca de Sete Quedas-MS) que move em desfavor do Município de Sete Quedas,

também qualificado, inconformada com a sentença prolatada pelo Juízo *a quo* às f. 224-36, que julgou parcialmente procedente o pedido da apelante, interpôs a presente Apelação Cível (f. 240-7).

Em suas razões, aduz que a sentença que condenou o recorrido ao pagamento R$ 15.670,08 (quinze mil, seiscentos e setenta reais e oito centavos), a título de dano moral, atualizados pelo IGPM a partir de 17.4.2011 e acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a contar do trânsito em julgado da sentença vergastada, merece reforma, visto que o referido valor teria sido irrisório e insignificante se cotejado o grande sofrimento experimentado pela recorrente e diante das atuais circunstâncias em que ela se encontra, com câncer de mama.

Aduz que o câncer de mama que a acomete teria sido decorrente da extirpação de seus ovários, porque seu organismo teria parado de produzir certos hormônios que seriam indispensáveis para uma boa saúde da mulher.

Alega ainda, em suas razões, que o valor arbitrado pelo Juízo monocrático, a título de dano moral, não condiz com a extraordinária dor psíquica, física e moral experimentadas pela apelante, que foi vítima de erro médico, decorrente da extração indevida de um dos seus ovários, considerando que houve a necessária extração do outro ovário, por isso houve cessação da sua capacidade de gerar.

Por fim, alega que o montante fixado não considerou as gravíssimas consequências decorrentes da referida cirurgia, tais como: a esterilidade, antecipação da menopausa, envelhecimento precoce, atrofia genital, depressão, dentre outros danos decorrentes do inadequado procedimento médico realizado; sendo que o valor fixado pelo juízo *a quo* não teria atendido aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, razão pela qual almeja a majoração do *quantum* indenizatório fixado a título de dano moral.

O processo foi devidamente saneado às f. 161-2.

O presente recurso foi apresentado de forma tempestiva.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 251-3.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Cristina Almeida Silva nos autos da Ação de Indenização (Feito n. 044.07.000653-2, em curso na Vara Única da Comarca de Sete Quedas-MS) que promove em desfavor do Município de Sete Quedas, objetivando a reforma parcial da sentença prolatada pelo juízo singular, a fim de majorar o *quantum* indenizatório fixado pelo dano moral sofrido pela apelante.

Uma vez preenchidas as condições e os pressupostos recursais, conheço do recurso e passo à análise do mérito.

Mérito

Consta dos autos que, em 24 de abril de 2005, a apelante ingressou no Hospital Municipal de Sete Quedas, porque suspeitava que estivesse grávida, mas apresentava uma constante hemorragia, por isso ela foi encaminhada a se submeter ao exame de ultrassonografia, onde se constatou que se tratava de uma "gravidez molar" ou "gravidez incompleta", por isso foi orientada pelo médico Wanderley Gonçalves Coubassier (CRM 660/MS) a se internar para receber medicação para realizar o "aborto natural", visando a expulsar a "mola hidatiforme", conforme documentos de f. 48-50.

Após tomar os medicamentos receitados pelo referido médico, a apelante foi submetida ao procedimento de curetagem, onde teria sido colhida a "mola hidatiforme completa" – f. 63.

Ocorre que, quase um mês após esse procedimento de curetagem, em 20 de maio de 2005, a apelante voltou para casa, mas continuava muito fraca e com fortes cólicas, além de apresentar um sangramento contínuo, conforme depoimentos das testemunhas às f. 163-7.

Diante disso, em 23 de maio de 2005, a apelante retornou ao hospital e ao consultar o médico referido, este resolveu submetê-la a outra cirurgia, que seria para limpar o útero (uma microcesariana), tendo o médico solicitado para tanto apenas um exame de sangue.

Durante a realização dessa cirurgia, sucedeu uma série de complicações, visto que se detectou a existência de 2 (dois) cistos nos ovários (um em cada ovário), sendo que o maior deles, medindo 12,0x, 10, 0x7,0cm, se rompeu, por isso o médico teria extraído o ovário que o continha.

Consta que o outro ovário, que continha um cisto menor medindo 12, 0x6, 0x6, 0cm, também foi retirado, ou seja, o médico acabou extraindo os dois ovários da recorrente, conforme documentos de f. 63 e confissão do próprio médico (f. 166).

Convém considerar que o estado de saúde da apelante era tão grave, que ela necessitou de 4 (quatro) bolsas de sangue, conforme confirmou o mesmo médico da apelada (f. 166-7).

Além disso, consta que a recorrente teve de usar frauda geriátrica, em razão da hemorragia, situação essa que torna evidente a humilhação vivenciada por ela.

Aduz a apelante que devido a sua piora teve que retornar ao hospital, onde foi atendida por outro médico "Fernando", que solicitou um exame de ultrassonografia que constatou que a paciente, além de não possuir mais ovários, ainda continha resquícios da "mola" em seu útero, razão pela qual a hemorragia não cessava.

Apurou-se que, somente por meio do referido exame, a recorrente obteve a informação de que teve seus ovários extirpados, por isso foi ao hospital da cidade de Amambaí-MS, onde realizou consulta com a médica Ednéia Y. Y. de Souza, que confirmou o último diagnóstico exarado pelo médico "Fernando", ou seja, de que haviam lhe retirado os dois ovários, e para piorar ainda mais a situação, ainda havia resquícios da mola no interior do seu útero (conforme exames de f. 42-5).

Diante dessa constatação, a referida médica receitou à paciente o uso do medicamento "METOTREXATO 2,5 mg", a fim de eliminar totalmente o que restava dentro do útero da paciente (conforme documentos de f. 61-2).

Aliás, convém ressaltar o depoimento dessa especialista, que esclareceu em seu depoimento que o tratamento adequado para a apelante não foi o adotado pelo médico Wanderlei Gonçalves Courbassier, porque o correto seria que este, após a curetagem, realizasse primeiro o tratamento medicamentoso com um "antineoplásico" – "Metotrexate", sem a extração dos ovários, e não outra cirurgia (microcesariana), senão vejamos o que essa médica declarou:

> [...] essa curetagem não resolve a mola. Ela tinha que ter sido, tinha que ter continuado com o tratamento medicamentoso, que no caso é esse medicamento é um antineoplásico, chamado metotrexate. [...] os cistos são apenas bolsas com líquido, **não teria problema nenhum também romper o cisto e deixar os ovários**, **aspirar o líquido ou só romper os cistos e deixar os ovários. [**...] – f. 196.

A referida médica ainda ressaltou em seu depoimento o seguinte:

> [...] No caso a primeira conduta seria o esvaziamento uterino, pra diminuir a hemorragia.
>
> JUIZ: o esvaziamento é a curetagem?
>
> DEPOENTE: Mas não é suficiente, esse não é o tratamento definitivo, não é o que cura a mola, **nem o tratamento cirúrgico. Na verdade, o tratamento da mola é um antineoplásico, é uma espécie de quimioterápico chamado Metotrexate, e que no caso dela, ela fez esses dois procedimentos, mas ela veio até mim com a mola, ela veio sangrando com o útero grande, com os mesmos problemas** [...]. Ela tinha que ter sido submetida a essa curetagem, mas essa curetagem não resolve a mola. Ela tinha que ter sido, tinha que ter continuado o tratamento medicamentoso, que no caso é esse medicamento é um antineoplásico [...].
>
> JUIZ: E isso não foi feito lá em Sete Quedas?
>
> DEPOENTE: Não. **Não foi feito**. Eu não sei se por falta de recurso ou se tinha que ter sido encaminhado, porque eu acho que lá existe esse medicamento. [...]. (f. 193-4) – destaquei.

Portanto, restou comprovado que o médico pertencente aos quadros do apelado, além de ter agido de forma inadequada, também não disponibilizou o tratamento correto para a recorrente, com isso lhe causou lesão permanente e evidente dano moral.

Outro ponto que precisa ser destacado é que no presente caso se aplica a teoria da perda de uma chance, porque à apelante não foi oportunizado o tratamento hospitalar adequado por meio de medicamentos, para que ela ao menos tivesse a chance de se recuperar do aborto espontâneo, sem a necessidade de extirpação dos dois ovários, que a tornou estéril.

Convém trazermos ao caso a aplicação dos ensinamentos do doutrinador Rui Stoco, em sua obra *in* **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT. p. 591, acerca da teoria da perda de uma chance, plenamente aplicável ao caso:

> Em primoroso estudo da matéria Miguel Kfouri Neto, excepcional civilista e magistrado, desenvolve estudo no sentido de dar utilidade a essa teoria nas hipóteses de redução da indenização com fundamento na equidade, segundo os graus da culpa (CC, art. 944, parágrafo único). Para ser fiel ao trabalho desenvolvido pelo ilustre jurista, reproduz-se o seu entendimento: "às vezes, não é possível ao lesado provar que a atuação (ou omissão) do médico ocasionou o dano. É o caso, por exemplo, do retardamento no diagnóstico de certa enfermidade. Quando, enfim, o médico descobre qual a doença de que padece o enfermo, a terapia não mais surte efeito e a pessoa morre. Em muitos casos, não se pode afirmar, com certeza absoluta, que o diagnóstico precoce poderia salvar a vida do paciente, dada a virulência do mal. Não é possível provar, portanto, que o prejuízo fatal foi causado pela demora em diagnosticar. **Mas ninguém põe em dúvida que o retardamento subtraiu, ao menos, uma chance, ou oportunidade, de a vítima sobreviver por mais tempo – ou até vir a se curar.** – destaquei.

No caso, conforme a doutrina acima citada, o procedimento inadequado subtraiu à recorrente a chance ou a oportunidade de ter salvado um dos ovários dela, o que poderia mantê-la na condição de mulher fértil.

Pelo que se pode observar, aplica-se a teoria da perda de uma chance àquelas situações em que a conduta do médico não proporciona ao paciente a chance de cura, ou ao menos, de não ficar com tantas sequelas, sejam elas físicas ou psicológicas.

Assim, assume relevância para a solução da presente lide a teoria da perda de uma chance, que surgiu na jurisprudência francesa para dar solução a casos de responsabilidade médica em que, ainda que constatada a ocorrência de conduta culposa do agente e de um dano efetivo para a vítima, não era possível demonstrar o nexo de causalidade entre ambos, restando o lesado sem o devido ressarcimento.

O objetivo dessa teoria é o ressarcimento da vítima, ainda que não seja integral, ou diretamente ligado à lesão, mas de forma que compense as chances de recuperação perdidas pelo lesado. Desse modo, o agente será responsável pela chance perdida, ou seja, pela chance de cura que foi excluída por sua conduta.

Não há dúvidas de que houve cerceamento da chance de recuperação da apelante, porque, caso o médico tivesse adotado o procedimento padrão, exigido nas circunstâncias, ela poderia ter-se mantido com pelo menos um dos seus ovários, o que a possibilitaria obter uma futura prole, mas tal chance foi rechaçada pela evidente imperícia perpetrada pelo médico ginecologista Wanderley Gonçalves Coubassier.

Acerca da culpa médica, oportuna a lição de Miguel Kfouri Neto que passamos a colacionar:

> Admitida a conceituação de culpa médica como desvio ou inobservância dos padrões normais de conduta, deve-se firmar qual seria esse modelo idealizado, para a delimitação dos critérios de atuação do médico. O profissional da medicina deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com o desempenho que seria razoável esperar-se de um médico prudente, naquelas mesmas circunstâncias. Aplicam-se aos médicos os indicadores que medem e graduam a culpa em geral. (**Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: RT, 2002. p. 35).

Nesse sentido, transcrevo os ensinamentos de Fabrício Zamprogna Matielo, sobre a responsabilidade civil do médico:

> Quando o médico desconsidera a existência de anormalidade que lhe foi noticiada (por exemplo, dor aguda abdominal, a sugerir supuração do apêndice), mas para a qual atribuiu displicentemente valoração indevida e disso resulta o óbito ou danos graves ao paciente, deverá responder pelo erro de diagnóstico. A aferição da culpa, nesse caso, exsurge pela falha de cautela com que obrou, negligenciando nos deveres de acompanhar detidamente o quadro clínico e proceder a maiores averiguações, acarretando, com sua omissão, o desfecho lesivo. Alguns sintomas, em especial a dor intensa e contínua, sempre devem ser objeto de preocupação do médico e exigem investigação adequada, sob pena de incidência de omissão, que, nos mesmos moldes da culpa por ação positiva, induz a responsabilidade civil do agente. A omissão de providências aptas em tese a impedir a produção do dano é elemento bastante consistente na formação da culpa do acusado. (**Responsabilidade Civil do Médico**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 99-100) - grifei.

E ainda:

> DANO MORAL. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO. CULPA. NEGLIGÊNCIA. MÉDICO. ATENDIMENTO INDEVIDO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. *QUANTUM*. Provada a culpa do médico que atua sem a diligência devida no atendimento de gestante de risco, deve o mesmo responder por dano moral causado a seus familiares em razão do óbito da mesma, visto que, seu falecimento poderia ter sido evitado caso houvesse sido atendida com maior cautela. O magistrado não é obrigado a se ater exclusivamente ao laudo pericial, podendo, das provas carreadas aos autos, deduzir pela verossimilhança das alegações do autor, utilizando-se, ainda, da experiência comum, e da observação do que ordinariamente ocorre no mundo. Deve o médico atender todo e qualquer paciente, da rede pública ou não, com o maior cuidado possível, utilizando-se de todos os meios disponíveis para lhes preservar a vida, devendo considerar, com atenção, as circunstâncias peculiares de cada caso. A responsabilidade civil do hospital no qual ocorre erro médico encontra-se pacificada no Direito Brasileiro, caracterizando-

> se independentemente da existência de culpa, em razão da legislação de proteção ao consumidor. O dano moral alcança valores ideais importantes, assim como o sofrimento psicológico e sentimental. Assim, o valor a ser fixado a esse título deverá ser de tal ordem, que provoque no causador do dano certo abalo financeiro, de sorte que seja advertido a ter mais cautelas no futuro. (TJMG, AC n. 1.0145.04.141528-5/001, Juiz de Fora, Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Designado Des. Darcio Lopardi Mendes, julgado em 31.5.2006, DJ de 11.7.2006) - destaquei.

A respeito do tema, a jurisprudência tem entendido a respeito da indenização por dano moral que:

> O dano moral não se avalia mediante cálculo matemático-econômico das repercussões patrimoniais negativas da violação – como se tem feito às vezes – porque tal cálculo já seria a busca exatamente do *minus* ou do detrimento patrimonial, ainda que por aproximativa estimação. E tudo isso já está previsto na esfera obrigacional da indenização por dano propriamente dito (CC, art. 1553). A reparação pecuniária pelo dano moral, descartada já a impossibilidade de qualquer equiponderância de valores, tem outro sentido como anota Windscheid acatando posição de Wachter: compensar uma sensação de dor da vítima com uma sensação agradável em contrário (nota 31 ao § 455, das Pandette, trad. Fadda e Bensa). Assim, tal paga em dinheiro, deve representar para a vítima uma satisfação igualmente moral ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou 'anestesiar' em alguma parte o sofrimento impingido; como diz Roberto Brebbia (El Daño Moral, p. 28) 'uma soma de dinheiro ao danificado para que este possa proporcionar-se uma satisfação equivalente ao desassossego sofrido', pois 'o dano moral (diz noutro ponto) compreende a estimação dos padecimentos, o temor pelas conseqüências definitivas ou transitórias do dano emergente. (AC n. 113.190, Segunda Câmara, Rel. Des. Walter Moraes, RT 650/66).

Realmente, se a apelante tivesse recebido o tratamento adequado, ao menos em tese, teria a chance de não se tornar uma mulher incapacitada de gerar filhos tampouco sofreria os efeitos da menopausa precoce, conforme ressaltaram os médicos ouvidos durante a instrução do feito.

Portanto, entendo que no caso há campo fértil para a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Ademais, é cediço que é dever do médico fornecer as informações ao paciente sobre o tratamento curativo, a cirurgia a ser efetuada e sobre os medicamentos necessários, sendo que, no caso da recorrente, tal dever não foi observado, visto que ela, além de não ter sido informada que seus ovários haviam sido extirpados, também não teve a chance de se curar por meio do uso do medicamento "antineoplásico", que, na verdade, seria o mais adequado para tratamento, o que se presume ser do conhecimento de todo o médico ginecologista, como bem observaram os médicos especialistas Ednéia Yuri Yokoo de Souza (f. 192-7) e Amadeu Hugo Alessi (f. 168-9).

Aliás, o próprio médico do Município recorrido, Amadeu Hugo Alessi, foi categórico a respeito, senão vejamos: "*[...]* ***cistos de pequena dimensão costumam ser tratados apenas com hormônios [****...]"*. – destaquei.

Com efeito, embora o médico Wanderlei tenha tentado justificar a extração do ovário, que continha o cisto menor, alegando que da sobra do tecido ovariano poderia brotar outro ovário, o médico Amadeu foi taxativo ao afirmar que: "*[...]* ***o tecido ovariano não se regenera*** *[...]"* – grifei - f. 168.

Não fosse apenas isso, também restou comprovado que a apelante teve de fazer uso do medicamento injetável NORIPURUM IV, porque havia perdido muito sangue durante as intervenções cirúrgicas e com as hemorragias, sendo que, por isso, passou a sofrer de anemia, conforme documentos de f. 69-73.

Como agravante do contexto analisado, temos certo que, durante a instrução da ação, também ficou elucidado que a retirada dos ovários da recorrente lhe causou diversos transtornos físicos e psicológicos, tais como: a entrada precoce na menopausa (fato que lhe acarretou vários sintomas oriundos da falta dos hormônios que os ovários produzem), envelhecimento precoce, atrofia genital, dentre outros.

Por tudo isso, é evidente que a apelante sofreu dano moral e material que lhe foram causados pela conduta antiética e imperita do médico pertencente aos quadros da Municipalidade recorrida.

Cumpre observarmos que a recorrente é mulher jovem, tendo 26 anos de idade e apenas um filho.

Em que pese o valor atribuído à condenação, a título de dano moral, a decisão monocrática necessita de reparo, visto que o *quantum* fixado não condiz com o sofrimento causado à apelante, e que com certeza jamais será reparado, podendo apenas ser amenizado.

É cediço que o valor da indenização a título de dano moral visa a compensar uma lesão que não se mede pelos padrões monetários, devendo-se levar em conta, na sua fixação, as peculiaridades de cada caso.

Doutrina e jurisprudência têm procurado estabelecer parâmetros para o arbitramento do valor do dano moral, traduzidos, *verbi gratia*, nas circunstâncias do fato, bem como nas condições das partes, devendo a condenação corresponder a uma sanção ao lesante, para que não volte a cometê-lo.

Também há de se levar em consideração que o *quantum* indenizatório deve ser fixado com moderação, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser excessivo a ponto de constituir fonte de enriquecimento do ofendido nem se apresentar irrisório a ponto de ser incapaz de propiciar reparação do dano sofrido, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL – DANO MORAL – [...] – FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – [...]. O valor da indenização deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observado seu conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima. (STJ, AgReg n. 945575/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 28.11.2007, p. 00220).

No caso concreto, vislumbro que o montante estipulado, ou seja, R$ 15.670,08 (quinze mil, seiscentos e setenta reais e oito centavos), não atende os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade considerando todo o sofrimento perpetrado contra a apelante e seus familiares, além do trauma que jamais poderá ser reparado, notadamente porque se trata de uma mulher jovem (26 anos de idade) que possui apenas 1(um) filho e nunca mais poderá gerar outra criança.

Aliás, é oportuno considerarmos os depoimentos colhidos durante a instrução, para se apreciar um valor indenizatório justo para a apelante, por isso vejamos o que o informante Adriano Matias Carneiro declarou em sua oitiva:

> [...] que após a cirurgia a autora "**quase morreu**" [...]. Que após passar por esses problemas em decorrência da cirurgia, a **autora ficou muito transtornada, em especial depois que descobriu que seus ovários haviam sido retirados [...] Que antes de submeter-se à cirurgia para a retirada do cisto, a autora gozava de perfeita saúde**. [...]. (f. 163) – grifo nosso.

A testemunha Ana Moura General também relatou o sofrimento vivido pela apelante, senão vejamos o que ela declarou em seu depoimento:

> [...] Que após a cirurgia a autora ficou mal, sangrava muito [...]. Que após passar por esses problemas em decorrência da cirurgia, a **autora ficou muito abalada**, perdeu peso, não sabendo dizer a razão. **Que a requerente tinha o desejo de ter mais filhos, inclusive tinha vontade de ter um filho do sexo masculino.** Que após a cirurgia a autora ficou cerca de 3 meses bem ruim mesmo. (f. 164) – grifo nosso.

A informante Marinalva Barbosa também presenciou o sofrimento da apelante, conforme o relato:

> [...] Que após passar por esses problemas em decorrência da cirurgia, a autora ficou muito abalada psicologicamente, pois ficava cada vez pior. A autora demorou cerca de 6 ou 7 meses para se recuperar plenamente. [...] **Que a declarante chegou achar que a autora viria a óbito, pois ela ficou muito mal.** (f. 165) – grifo nosso.

Mais esclarecedor, ainda, foi o depoimento da médica especialista em ginecologia e obstetrícia e ultrassonografia Ednéia Yuri Yokoo de Souza, que ressaltou as consequências decorrentes da extirpação precoce dos ovários:

> JUIZ: doutora, quais são as conseqüências da retirada dos ovários do corpo da mulher:
>
> DEPOENTE: **A retirada de ambos os ovários causa uma castração na mulher. No caso ela tinha 25 anos, ela entra numa menopausa imediata, a partir da retirada dos ovários. Então ela passa a ter osteoporose, envelhecimento precoce, atrofia genital, todos aqueles sintomas das mulheres na menopausa, além da infertilidade, esterilidade. [...]** – depoimento de f. 197.

O médico Amadeu Hugo Alesse, em seu depoimento, também ressaltou as consequências da extração dos ovários. Vejamos:

> [...] **Que a retirada dos ovários causa menopausa precoce, pela falta de hormônios, que pode ser corrigida apenas parcialmente com reposição hormonal. Que a mulher fica impedida de ovular e ter filhos** [...]. (f. 168) – grifo nosso.

É sabido que a reparação do dano moral não passa de uma compensação que se faz em face da dor sofrida. O que se busca com a indenização não é afastar nem substituir a dor, e sim colocar ao lado deles, em benefício de quem vive essa experiência, para que se desfaça a situação criada ou se encontre outra motivação em sua vida, e, assim, retome a normalidade dentro do possível.

Para a quantificação dessa compensação, não existe uma regulamentação específica, ou um critério que imponha valores.

Dessa forma, para se definir o valor do dano moral, é preciso levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada, deve, portanto, guardar a fixação sintonia com o princípio da razoabilidade.

Com efeito, a dificuldade na mensuração do valor da indenização (que, por óbvio, não pode ser tarifada) exige que o magistrado busque em seu senso prático, atentando às peculiaridades de cada caso concreto, estabelecer critérios para embasar sua decisão, devendo sopesar especialmente as condições econômicas e sociais do ofendido e do ofensor, as circunstâncias do fato, a extensão do dano e seus efeitos, sem esquecer que a indenização deve ser suficiente para reparar o dano, não podendo importar em enriquecimento indevido.

Não podemos deixar de considerar as condições sociais e culturais da apelante, que se trata de pessoa simples, hipossuficiente economicamente, que reside com seu esposo na área rural deste Estado,

mãe de uma criança de apenas 10 anos de idade, e que atualmente foi diagnosticada câncer de mama – conforme documentos de f. 175-81.

Pois bem, no caso, a apelante foi vítima do inadequado procedimento adotado pelo médico do Município, ora apelado, e observadas as condições econômicas do ofensor (Município de Sete Quedas – MS) e da ofendida, e ainda, atento às circunstâncias do fato, em especial a perda da chance que teria de se curar sem a necessidade da extração dos ovários, já que não se pode afirmar efetivamente que ocorreria o resultado esperado, ou seja, a recuperação desses órgãos por meio de tratamento medicamentoso, tenho que a indenização pelo dano moral deve ser majorada de **R$ 15.670,08 (quinze mil, seiscentos e setenta reais e oito centavos) para R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais),** valor que não se constitui em enriquecimento injusto tampouco em quantia irrisória, considerando as peculiaridades e gravidades do caso, sendo o critério pedagógico mais adequado, inclusive para dissuadir o ofensor a reincidir nas mesmas condutas.

Dispositivo

Por todo o exposto, **conheço** do recurso de apelação interposto pela recorrente Cristina Almeida Silva e dou-lhe **provimento,** a fim de reformar a sentença hostilizada, para que haja a majoração do valor da condenação de **R$ 15.670,08 (quinze mil, seiscentos e setenta reais e oito centavos)** para o valor de **R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais)**, a título de dano moral, atualizados pelo IGPM da data da publicação deste acórdão e acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) a contar do evento danoso, ou seja, a contar do dia 23 de maio de 2005.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Oswaldo Rodrigues de Melo e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 8 de novembro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.032568-3 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONTRATO DE COMPRA E VENDA – PRODUTO DEFEITUOSO – TROCA – PERSISTÊNCIA DOS DEFEITOS – IRREGULARIDADE NÃO SANADA PELA VENDEDORA – DEFEITO DO PRODUTO – DANO MORAL – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA NO PARTICULAR.

Todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens ou prestação de serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente da existência de culpa.

Presentes os requisitos do artigo 186 do Código Civil, surge o dever de indenizar.

A quantificação dos danos morais deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau de ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade do ofensor bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de dezembro de 2011.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Eduardo Antônio Ayub, inconformado com a sentença (f. 51-3-v.) que julgou parcialmente procedente os pedidos deduzidos na ação de reparação de danos morais c/c obrigação de fazer que promove em face de Skydental Equipamentos Odontológicos, recorre a esta Corte, postulando sua reforma na parte em que deixou de condenar a apelada por danos morais.

Em suas razões (f. 57-66), o apelante defende que a revelia da apelada implicaria, *ipso facto,* a sua condenação também por danos morais (além da devolução dos valores pagos pelo produto), pois na espécie o equipamento adquirido, defeituoso e trocado por outro que também não funcionou, implicou a perda de clientes e brincadeiras de seus colegas de profissão, visto que havia anunciado a aquisição do instrumento, que seria utilizado na área de implantes odontológicos.

Refere, na sequência, fundado em orientação da jurisprudência, que na hipótese caberia a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º), que restou impossibilitado em vista da revelia da ré-apelada, de modo que incorre em equívoco a sentença no tanto em afirma que a situação gerou mero aborrecimento ao consumidor.

Sugere, assim, o provimento do apelo, com arbitramento da importância de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização pelos danos morais postulados.

Sem contrarrazões.

VOTO

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

Emerge dos autos, como fatos incontroversos, que o recorrente, em julho de 2005, adquiriu da recorrida um aparelho denominado Sky Cam Futura – monitor 8 –, no valor nominal de R$ 7.929,60, que foi pago em 12 parcelas no valor de R$ 660,80 cada uma. O aparelho não funcionou e foi devolvido à vendedora e trocado por outro que também veio com defeito e faltando peças. Este também foi devolvido e a apelada notificada para devolver o valor pago. Nenhuma resposta foi dada ao consumidor até o ano de 2007, quando foi ajuizada esta ação, onde além da obrigação de fazer, consistente na devolução do valor pago, foi requerida reparação por dano moral.

Regularmente citada (f. 41-2), a requerida optou pelo silencio, o que foi certificado às f. 42-verso.

Ainda assim, apenas o pedido de obrigação de fazer foi julgado procedente, tendo o magistrado singular entendido que a transação malsucedida tinha gerado meros aborrecimentos ao consumidor.

Merece subsistir o apelo.

É bem verdade que a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face da revelia do réu é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, em especial quando se cuida de direitos indisponíveis, o que não é o caso deste procedimento.

Com efeito, o réu não é obrigado a apresentar resposta ao pedido do autor, mas sim o ônus de fazê-lo, visto que é citado com a advertência de que, não o fazendo, presumir-se-ão como verdadeiros os fatos alegados.

Aqui, o que se põe em relevo é o descaso da apelada em atender com eficiência e dignidade esperadas os anseios do consumidor que, para o exercício avançado de sua profissão, adquiriu um aparelho que se julga de última geração na área de implantes odontológicos, que não veio a funcionar na forma esperada nem mesmo após a troca por outro que veio igualmente defeituoso e faltando peças.

No caso, o autor alega que manteve inúmeros contatos com a recorrida procurando sanar o problema, sem nunca ter recebido um retorno adequado às circunstâncias, apesar de ter quitado o aparelho e, por último, encaminhado notificação escrita, igualmente sem resposta, ou seja, o silêncio da vendedora sempre foi a tônica na relação de direito material estabelecida entre as partes.

Em situações dessa natureza, a orientação da jurisprudência desta 3ª Turma Cível é no seguinte sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL DO AUTOR – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAIS E MATERIAIS – APARELHOS CELULARES DEFEITUOSOS – NEGATIVA DA EMPRESA EM CONSERTAR OU TROCAR OS APARELHOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – MAJORADO – RECURSO PROVIDO.
>
> A quantificação dos danos morais deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau de ofensa e suas conseqüências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores, bem como o enriquecimento sem causa do ofendido. (TJMS, AC n. 2010.020379-3, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 17.8.2010).
>
> Todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens ou prestação de serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente da existência de culpa.
>
> Presentes os requisitos do artigo 186 do Código Civil surge o dever de indenizar.
>
> A quantificação dos danos morais deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau de ofensa e suas conseqüências, tudo na tentativa de evitar a impunidade do ofensor bem como o enriquecimento sem causa do ofendido. (AC n. 2008.027265-0, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 20.7.2009, idem).
>
> O STJ, por sua vez, também admite a reparação nas mesmas condições. Confira-se:
>
> Estabelecido o ressarcimento da ofensa moral decorrente da existência de defeito no produto adquirido pelo agravante em patamar considerado excessivo, correta a redução do valor em sede especial. (STJ, AgReg no REsp n. 981211/RN, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 17.2.2009).

Decorrência de tudo isso, portanto, é que, além da revelia (CPC, art. 319) e da previsão do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, caberia à apelada o ônus de desconstituir as alegações do apelante acerca dos percalços íntimos e psíquicos por que passou pela frustração na utilização do produto adquirido no interesse de seus pacientes e de seu próprio nome perante a opinião pública e junto à classe de seus colegas odontólogos.

DO ARBITRAMENTO DO DANO

Como cediço, o arbitramento deve ter como base o princípio da proporcionalidade, levando-se em conta as condições da pessoa ofendida, bem como a capacidade econômica da empresa ofensora, sem perder de vista a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em enriquecimento ilícito ao ofendido.

Nesse sentido, Cavalieri Filho discorre sobre este tema:

> Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.
>
> Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos

> motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Portanto, a indenização deve ter um caráter preventivo, com o fito de a conduta danosa não voltar a se repetir, assim como punitivo, visando à compensação do dano sofrido. Não deve, contudo, transformar-se em objeto de enriquecimento ilícito devido à fixação de valor desproporcional para o caso concreto.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal já decidiu:

> Na quantificação do dano moral deve-se levar em conta os critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para não constituir a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito. (TJMS, AC n. 2009.008745, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 8.3.2010).
>
> - O dano moral puro é aquele cuja ofensa decorre do simples ato, independentemente de comprovação de prejuízo material, dado que a obrigação de reparar o dano nasce com a ofensa à honra subjetiva.
>
> - É assente na jurisprudência que a fixação dos danos morais deve ocorrer em valores monetários e não em salários mínimos.
>
> - O valor da indenização deve ser aferido com base nos critérios da razoabilidade e demais aspectos de ambas as partes, conforme prudente arbítrio do julgador. (TJMS, AC n. 2010.010325-9, Água Clara, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 26.4.2010).

Assim, considerando a dupla finalidade da condenação por danos morais – atenuar a dor da vítima e servir de sanção ao ofensor –, o julgador deve agir com cautela, a fim de não fixar valor que seja alto demais, contribuindo para o enriquecimento ilícito do ofendido, nem baixo ao ponto de constituir-se em valor irrisório ou aviltante, de forma a desnaturar a sua finalidade.

Nesse sentido, Silvio Rodrigues, prelecionando acerca desta matéria, ensina que:

> [...] deve ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a condição econômica e social dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima. (*in* **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004).

Do mesmo modo, tem-se a jurisprudência desta Turma:

> APELAÇÃO CÍVEL - RECURSO DA AUTORA – VALOR DA INDENIZAÇÃO – MAJORADO – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO *A QUO* – SENTENÇA QUE FIXOU O VALOR DA INDENIZAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 5. O valor da indenização deve atender ao caráter coercitivo e pedagógico da indenização, aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, revelando-se suficiente e condizente com as peculiaridades do caso.

> 6. Em se tratando de dano moral, o termo *a quo* para a sua incidência é a data em que foi arbitrado o valor da indenização, ou seja, a data da prolação da sentença que fixou o *quantum* indenizatório. (TJMS, AC n. 2008.004236-3, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 30.11.2009).

Logo, considerando que o agressor aparenta ser uma empresa com vasta área territorial de comércio, tenho que o valor sugerido – R$ 15.000,00 –mostra-se excessivo, por isso julgo de bom alvitre em arbitrar, de acordo com a situação fática delineada nos autos, em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), que se mostra razoável para o caso em tela.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pelo autor-apelante, e dou-lhe parcial provimento, para reformar a sentença no que tange ao pedido de reparação dos danos morais, para fixá-los em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), que deverão ser monetariamente atualizados a partir do presente julgamento. Os juros de mora serão contados a partir do recebimento do "AR' (f. 32), referente à notificação extrajudicial (f. 34) – 18 de abril de 2007.

No mais, fica mantida a sentença, inclusive quanto aos honorários.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO DO 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, 13 de dezembro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.033554-3 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONTRATO DE SEGURO – VEÍCULO ROUBADO – INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA INTEGRAL – BEM ENCONTRADO PELA POLÍCIA DENTRO DO PRAZO PARA PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO – 30 (TRINTA) DIAS – NORMATIZAÇÃO DA SUSEP – COMUNICAÇÃO À CORRETORA RESPONSÁVEL PELA APÓLICE DO AUTOR – DESNECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO OFICIAL AO SEGURADO – INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I - O princípio da boa-fé, positivado nos mencionados dispositivos legais, fundamenta-se na confiança que envolve os sujeitos da relação jurídica, sendo uma regra de conduta, balisadora da sociedade, construída com base nos padrões de honestidade e lisura, notadamente no que se refere aos contratos de seguro.

II - Em que pese o segurado argumentar que não foi comunicado oficialmente pela seguradora que bem roubado havia sido encontrado, à luz do princípio da boa-fé, a comunicação encaminhada pela seguradora à corretora de seguros responsável pela apólice do autor já afasta a necessidade da alegada comunicação oficial.

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, 29 de novembro de 2011.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Joaquim Pedro de Oliveira, inconformado com a sentença de improcedência dos pedidos formulados nos autos da ação de cobrança c/c danos morais (Feito n. 0366443-66.2008.8.12.0001, da 7ª Vara Cível Residual desta Capital) ajuizada contra Sul América Companhia Nacional de Seguros S/A, em face do roubo de veículo segurado pela Apólice n. 151182221 e a ausência de pagamento da indenização respectiva, interpôs o presente recurso de apelação (f. 168-79), objetivando a reforma do *decisum*.

Afirma ser incontroverso nos autos que a relação jurídica havida entre as partes está lastreada em contrato de seguro, cujas cláusulas foram exclusivamente estipuladas pela seguradora demandada e que no caso a cláusula 3.3 das Condições Gerais do Seguro, item referente ao "Prazo para Liquidação do Sinistro" (f. 72) reza que "*o pagamento da indenização será efetuado no prazo mínimo de 5 (cinco) dias e máximo*

de 30 (trinta) dias, a partir da entrega de todos os documentos previstos, listados no capítulo "Documentos Necessários para Liquidação do Sinistro".

Argumenta que, considerando a entrega da documentação necessária em 21.8.2008, o prazo para a seguradora efetuar o pagamento da indenização esgotou-se em 21.9.2008.

Aduz que em 29.8.2008 seu corretor foi notificado pela apelada de que o veículo roubado havia sido recuperado e que estribado neste fato a seguradora não efetuaria o pagamento da indenização, afirma, entretanto, que na verdade não tinha obrigação de recebê-lo já que optou pelo pagamento indenização.

Sustenta que a seguradora, apesar de ter recuperado o veículo sinistrado, "*não pode querer obrigar o segurado receber dito veículo se tal recuperação se deu após o prazo pactuado para o pagamento da indenização securitária"* (f. 175).

Reverbera que o roubo do veículo segurado é fato incontroverso nos autos, sendo, por isso, impositiva a indenização pleiteada, pugnando pela aplicação da Circular SUSEP n. 269/2004.

Alega que admitir o entendimento da sentença recorrida no sentido de que o veículo recuperado deve ser entregue no prazo máximo de trinta dias, sem considerar o prazo estipulado para pagamento de indenização, implica admitir prazo infinito para a seguradora.

Por outro lado, afirma que, mesmo que se admita a fundamentação do *decisum* impugnado, no caso dos autos este prazo também restou escoado.

Por fim, pleiteia o provimento deste apelo, para que os pedidos iniciais sejam julgados totalmente procedentes, condenando-se a seguradora demandada ao pagamento da indenização securitária, bem como pelos danos morais suportados pelo autor.

A ré-apelada apresentou contrarrazões (f. 184-9), oportunidade em que pugnou pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Joaquim Pedro de Oliveira contra a sentença de improcedência proferida nos autos da ação de cobrança c/c danos morais (Feito n. 0366443-66.2008.8.12.0001, da 7ª Vara Cível Residual desta Capital) ajuizada contra Sul América Companhia Nacional de Seguros S/A, em face do roubo de veículo segurado pela Apólice n. 151182221 e a ausência de pagamento da indenização respectiva, objetivando a reforma do *decisum*.

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste apelo e passo à análise de seus fundamentos.

A pretensão do autor, ora apelante, reside no fato de que, em função do atraso no pagamento de indenização securitária decorrente de roubo de seu veículo, independente de posterior localização do bem segurado, é devido o recebimento do valor correspondente ao sinistro, considerando o prazo contratual estipulado em contrato de adesão firmado entre as partes.

Com efeito, a juíza de primeira instância concluiu que a insurgência do autor-apelante não prospera, sob o fundamento de que este já havia sido comunicado, por intermédio da respectiva corretora de seguros,

de que o veículo segurado tinha sido encontrado, antes de expirado o prazo de 30 (trinta) dias para pagamento da indenização, conforme se infere do e-mail de f. 31 vindo com a inicial.

Nas razões recursais, o autor-apelante confirma a conclusão encontrada pelo juízo *a quo*, porquanto reconhece que, não obstante tenha efetivado a entrega da documentação necessária em 21.8.2008, em 29.8.2008 – ou seja, antes de expirado o prazo contratual de 30 (trinta) dias para pagamento da indenização securitária – o corretor responsável pela apólice do apelante foi informado via e-mail de que o veículo roubado havia sido recuperado, mas que não foi comunicado oficialmente pela seguradora sobre este fato, só tendo obtido esta informação através de seu corretor de seguro, em virtude de cobranças que fazia periodicamente (f. 171).

Como cediço, o contrato de seguro é aquele pelo qual o segurador garante, mediante o recebimento de um valor denominado prêmio, uma indenização ao segurado em caso de ocorrência de um evento futuro e imprevisível, nos termos do que fixa o art. 757 do CC, como leciona Arnaldo Rizzardo:

> Pelo seguro, um dos contratantes (segurador) se obriga a garantir, mediante o recebimento de uma determinada importância, denominada prêmio, interesse legítimo de uma pessoa (segurado), relativamente ao que vier a mesma sofrer, ou aos prejuízos que decorrem a uma coisa, resultantes de riscos futuros, incertos e especificamente previstos. (in **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 591).

Ainda sobre o tema em debate, dispõem os arts. 422 e 765 do Código Civil:

> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
>
> Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

O princípio da boa-fé, positivado nos mencionados dispositivos legais, fundamenta-se na confiança que envolve os sujeitos da relação jurídica, sendo uma regra de conduta, balizadora da sociedade, construída com base nos padrões de honestidade e lisura, notadamente no que se refere aos contratos de seguro.

Nelson Nery, citado por Cristiano Imhof[1], ensina que:

> A boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar a demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica (lei, fonte direito, regra jurígena criadora de direitos e de obrigações) de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.

In casu, o roubo do veículo do autor-apelante, durante a vigência do contrato de seguro havido entre as partes, foi comprovado pelo boletim de ocorrência encartado aos autos à f. 17, além de ser fato incontroverso nos autos.

De acordo com o § 1º do art. 21 da Circular n. 145 da SUSEP *"Deverá ser estipulado prazo para a liquidação dos sinistros, limitado a 30 (trinta) dias, contado do cumprimento de todas as exigências por parte do Segurado"*.

Compulsando o feito, verifica-se que houve a comunicação do sinistro à seguradora em 1.8.2008 (f. 18), tendo o autor-apelante lhe encaminhado, por intermédio da respectiva corretora de seguros, os documentos necessários ao pagamento da indenização em 21.8.2008, conforme se infere da carta de f. 19 e do aviso de recebimento de f. 20.

1 **Código Civil e sua interpretação jurisprudencial**: Anotado Artigo por Artigo e Leis Civis Vigentes. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 508.

Em que pese o segurado, ora apelante, argumentar que não foi oficialmente comunicado pela seguradora deste fato, à luz do princípio da boa-fé, a comunicação encaminhada pela seguradora à corretora de seguros responsável pela apólice do autor-apelante já afasta a necessidade da alegada comunicação oficial.

Na hipótese, como bem ponderou o juízo *a quo*: "*Se admitirmos a alegação do autor de que a comunicação da recuperação do bem pelo corretor não supre a obrigação da seguradora de informar oficialmente, também deveríamos desconsiderar o AR enviado pela corretora encaminhando os documentos necessários"* (f. 162).

Em outras palavras, no caso, o autor-apelante, ao mesmo tempo em que se utiliza da corretora para se comunicar com a seguradora exige que esta não o faça por intermédio de sua corretora, o que *data venia* não pode ser admitido.

Por outro lado, cumpre registrar que, pelos documentos juntados pela seguradora demandada (f. 108-22), o conserto do veículo segurado somente não foi realizado diante da ausência de autorização do autor-apelante para tanto.

Neste aspecto, verifica-se que a tutela jurisdicional pretendida pelo autor-apelante vai de encontro ao postulado que veda o enriquecimento sem causa, uma vez que o bem roubado foi encontrado antes de escoado o prazo de 30 (trinta) dias estabelecido para pagamento da indenização integral, porquanto válida a comunicação da seguradora à corretora de seguros do autor, com avarias passíveis de serem reparadas (f. 110-3).

Concluiu-se, diante das circunstâncias dos autos, que a parte demandante, ora apelante, não cumpre com seus deveres de lealdade e boa-fé, é, portanto, indevido o pleito de indenização securitária integral pelo roubo do veículo segurado que foi posteriormente recuperado pela Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Por via de consequência, melhor sorte não assiste ao autor-apelante quanto ao alegado direito de indenização por dano moral, seja porque não reconhecida qualquer desídia da seguradora demandada apta a configurar o ato ilícito ensejador do suposto abalo moral, seja porque inexistiu descumprimento contratual passível de causar dano moral.

Ante todo o exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo autor, Joaquim Pedro de Oliveira, mas nego-lhe provimento, mantendo *in totum* a sentença impugnada.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

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 Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 29 de novembro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.026265-9 - Naviraí
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO INDIRETA DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO AGRÍCOLA – ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 330 DO CPC – AUSÊNCIA DE PROVA DO PAGAMENTO DAS SAFRAS AJUSTADAS – RESCISÃO CONTRATUAL CAUSADA PELO ARRENDATÁRIO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

É do autor o ônus probatório quanto aos fatos por ele afirmados, incumbindo ao réu o ônus de provar os fatos desconstitutivos, modificativos ou extintivos do direito pleiteado na inicial.

Restando demonstrado que o arrendatário descumpriu as cláusulas contratuais contidas no contrato de arrendamento agrícola, deixando de efetuar o pagamento das safras na forma ajustada, deve ser julgado improcedente o seu pedido de rescisão contratual.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de setembro de 2011.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Agata Thoele, irresignada com a sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial referente à ação de rescisão indireta de contrato de arrendamento agrícola que propusera em face de Luiz Antonio Pereira de Morais, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 411-6, a recorrente alega que a sentença de improcedência não levou em consideração os deveres contratuais do recorrido.

Menciona que houve uma seca que assolou a região da plantação, dando causa à frustração das safras implementadas e que:

> [...] surgiu a febre dos arrendamentos de terras para plantio de cana de açúcar pelas usinas da região, onde o Recorrido/Apelado, decidiu, primeiramente, aproveitar os restos da cultura, plantada anteriormente, para pastoreio do gado, para, posteriormente, efetuar o plantio da cultura da cana de açúcar, com a promessa à Recorrente de que faria o devido acerto, o que permitiu o Recorrido, a permanência do preposto arrendatário, o marido da

> Apelante, na área arrendada, apostando ele, o Apelado, ingenuamente, que após o termo contratual não gerasse obrigação. (f. 413-4).

Argumenta que ambas as partes têm o dever contratual de comunicar extrajudicialmente a inadimplência para buscar a tutela jurisdicional.

Aduz que não houve o abandono das terras arrendadas, mas que, além do esbulho da referida área, não haveria motivo para ali permanecer após várias falsas promessas de indenização.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso, a fim de reformar a sentença recorrida com o julgamento procedente da pretensão inicial.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 421-31), pleiteando a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Agata Thoele contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial referente à ação de rescisão indireta de contrato de arrendamento agrícola que propusera em face de Luiz Antonio Pereira de Morais.

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício, a recorrente alega que a sentença de improcedência não levou em consideração os deveres contratuais do recorrido.

Menciona que houve uma seca que assolou a região da plantação, dando causa à frustração das safras implementadas e que:

> [...] surgiu a febre dos arrendamentos de terras para plantio de cana de açúcar pelas usinas da região, onde o Recorrido/Apelado, decidiu, primeiramente, aproveitar os restos da cultura, plantada anteriormente, para pastoreio do gado, para, posteriormente, efetuar o plantio da cultura da cana de açúcar, com a promessa à Recorrente de que faria o devido acerto, o que permitiu o Recorrido, a permanência do preposto arrendatário, o marido da Apelante, na área arrendada, apostando ele, o Apelado, ingenuamente, que após o termo contratual não gerasse obrigação. (f. 413-4).

Argumenta que ambas as partes têm o dever contratual de comunicar extrajudicialmente a inadimplência para buscar a tutela jurisdicional.

Aduz que não houve o abandono das terras arrendadas, mas que, além do esbulho da referida área, não haveria motivo para ali permanecer após várias falsas promessas de indenização.

Contra-arrazoando, o recorrido pugnou pela manutenção da sentença recorrida.

Inicialmente, para a melhor compreensão da controvérsia dos autos, faz-se mister tecer alguns esclarecimentos. Em 28 de janeiro de 2003, as partes celebraram contrato de arrendamento agrícola para exploração de soja, milho, trigo, aveia, sorgo e outros cereais em uma área de 110 (cento e dez) alqueires paulistas, dentro da Fazenda Berrante, situada no município de Juti, MS.

Segundo informado na petição inicial, o tempo de exploração da área seria de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, iniciando-se em 28.1.2003 e findando em 28.7.2007. A renda seria paga da seguinte forma: 1º

ano – 8 (oito) sacas de soja/indústria por alqueire; 2º ano – 20 (vinte) sacas de soja/indústria por alqueire; 3º e 4º anos – 30 (trinta) sacas de soja/indústria por alqueire.

Afirmou-se, ainda, que o proprietário do imóvel arrendado, na época do preparo do solo, por ocasião do terceiro ano de plantio (safra 2005/2006), sem qualquer comunicado formal ou verbal, improvisou um acerca em toda a área arrendada, confinando um rebanho bovino, impedindo que fosse realizado o plantio das duas últimas safras agrícolas (dos anos 2005/2006 e 2006/2007), o que teria justificado o ajuizamento da presente demanda.

Quando da prolação da sentença, o douto magistrado *a quo* entendeu ser o caso de improcedência, considerando que a recorrente foi quem deu causa à retomada da área do arrendamento em razão de sua inadimplência.

Pois bem, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se o recorrido infringiu alguma cláusula contratual que dê ensejo à rescisão do contrato por culpa que lhe possa ser atribuída.

Como é cediço, no ordenamento jurídico brasileiro existe uma regra dominante no sistema probatório, qual seja, para que de um determinado fato alegado pela parte derive algum direito, incumbe-lhe 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.[1]

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

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

> A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar *secundum allegatta et probata partium e não secundum propiam suam conscientiam* – e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).
>
> O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.[2]

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

1 *La carga de la prueba*. Buenos Aires. EJEA apud SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 345. v. 1.
2 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 312.

fenomênico. Sem o conhecimento de tais fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica que a situação reclama, tendo o ônus suma importância.

Como já dito anteriormente, as partes celebraram um contrato de arrendamento agrícola com duração de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, como demonstrado às f. 19-22. Todavia, o conjunto probatório trazido aos autos demonstra que o ora recorrido somente tomou de volta as terras arrendadas em razão do inadimplemento contratual da recorrente.

Note-se que a autora, ora apelante alegou, em sua petição inicial, que o réu esbulhou sua posse, retomando as terras dadas em arrendamento e passando a criar gado naquela área. Por sua vez, o ora apelado afirma que sua conduta foi respaldada na inadimplência da recorrente que teria descumprindo sua obrigação de pagar rendas das safras de 2003, 2004 e 2005.

De fato, no contrato de arrendamento agrícola ficou estipulada a seguinte obrigação imposta à apelante:

> [...]
>
> CLÁUSULA QUARTA – O preço do arrendamento fica assim convencionado:
>
> - No 1º (primeiro) ano o ARRENDATÁRIO pagará 8 (oito) sacas de soja/indústria por alqueire.
>
> - No 2º (segundo) ano será pago 20 (vinte) sacas de soja/indústria por alqueire.
>
> - no 3º (terceiro) e 4º (quarto) ano, será pago 30 (trinta) sacas de soja/indústria por alqueire, cujo produto deverá ser depositado em nome do ARRENDADOR, junto a Cooperativa Agrícola Sul Matogrossense (COPASUL), localizada na cidade de Naviraí, Estado de Mato Grosso do Sul, impreterivelmente ao final de cada sara e logo após a colheita.
>
> [...]
>
> CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA – O abandono da lavoura por parte do ARRENDATÁRIO, desde que devidamente caracterizado, dará causa à rescisão do contrato, perdendo estes seu direito ao que já tiverem plantado, sem nada poder reclamar, nem sob forma de indenização. No caso em que não havendo abandono, houve desídia do ARRENDATÁRIO, de maneira a claramente ser verificável que não poderá cumprir seus compromissos para com o ARRENDADOR, poderá este providenciar para que outras pessoas efetuem o término da lavoura, plantio ou colheita, cobrando o que isto dispender do ARRENDATÁRIO por ocasião da venda dos frutos.
>
> Parágrafo único – O incumprimento de quaisquer das cláusulas deste contrato implicará a rescisão do presente contrato de pleno direito, podendo a parte prejudicada pleitear indenização pelos prejuízos sofridos ou, alternativamente, multa correspondente a 10% (dez por cento) das sacas colhidas durante todas as safras anteriores, sem prejuízo ao disposto no caput.
>
> [...].

No entanto, a autora não trouxe aos autos nenhuma prova no sentido de que efetivamente realizou o pagamento das rendas ajustadas contratualmente (notadamente as referentes ao período de 2003, 2004 e 2005), justificando a retomada da área pelo proprietário, independentemente de qualquer interpelação extra

ou judicial (ante a ausência de previsão no contrato em questão), mormente porque evidenciada sua culpa na rescisão contratual.

Aliás, as informações prestadas pela testemunha compromissada, Sr. Claudivino Ribeiro de Oliveira, reforçam a inadimplência da apelante. Confira-se trecho do depoimento (f. 359):

> [...] Não lembro quando a autora entrou no arrendamento. O que a autora fez na área foi derrubar algumas arvores, levantar algumas curvas e o plantio ela fazia sem adubos. Se não estou enganado a autora plantou três safras. A área não produzia bem. A autora não pagou o arrendamento. [...].

Oportuno lembrar que, em caso semelhante, decidi nesse mesmo sentido, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL C/C PERDAS E DANOS C/C DESPEJO – ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 333 DO CPC – INCUMBE AO AUTOR A PROVA DOS FATOS AFIRMADOS NA INICIAL, FICANDO A ENCARGO DO RÉU O ÔNUS DE PROVAR OS FATOS DESCONSTITUTIVOS, MODIFICATIVOS E EXTINTIVOS DO DIREITO DO AUTOR – RESCISÃO CONTRATUAL POR CULPA DO ARRENDATÁRIO QUE ABANDONOU A ÁREA ARRENDADA, DEIXANDO DE CULTIVAR A TERRA BEM COMO DE PAGAR AS RENDAS ANUAIS AJUSTADAS NO CONTRATO DE ARRENDAMENTO – ALEGAÇÃO DE CULPA DO ARRENDADOR – AUSÊNCIA DE PROVAS – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO ACÓRDÃO SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
>
> É do autor o ônus probatório quanto aos fatos por ele afirmados, incumbindo ao réu o ônus de provar os fatos desconstitutivos, modificativos ou extintivos do direito pleiteado na inicial.
>
> Restando demonstrado que o arrendatário descumpriu as cláusulas contratuais contidas no contrato de arrendamento de terra agrícola, deve ser julgado procedente o pedido de rescisão contratual bem como deve ser determinado o despejo do arrendador.
>
> Quando a questão for suficientemente debatida, torna-se desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais e constitucionais discutidos. (TJMS, AC n. 2007.06499-5, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 7.5.2007).

Ademais, em que pese a autora afirmar que o inadimplemento ocorreu em virtude de ter sido impedida de realizar os plantios por culpa do requerido que passou a criar gado nas terras descritas no contrato, referida argumentação não restou demonstrada nos autos.

Bem se vê que a requerente pretendeu demonstrar sua argumentação com as fotos juntadas aos autos (f. 23-4), as quais teriam sido registradas na área arrendada. No entanto, referido documento não é suficiente para comprovar a existência do gado na região, visto que é impossível precisar se o local registrado nas fotos corresponde às terras em litígio.

Também as testemunhas ouvidas nos autos não puderam afirmar com precisão se o gado encontrava-se dentro da área arrendada. Note-se a informação trazida por Carlos Alberto Salgado Azevedo, testemunha compromissada (f. 356): *"Fui algumas vezes lá no arrendamento para cobrar o marido da autora, e vi que tinha um gado lá, mas não posso afirmar com certeza que era na área arrendada"*.

Nem se diga que a frustração da safra em razão da seca que assolou a região é justificativa para o inadimplemento, afastando sua culpa. A perda de plantios faz parte do risco da lavoura e do negócio, risco este que é assumido por aquele que produz, sendo, portanto, inaplicável a teoria da imprevisão. No mesmo sentido, transcrevo o seguinte julgado:

> APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO DE CONTRATO ARRENDAMENTO C/C PERDAS E DANOS – PAGAMENTO DA OBRIGAÇÃO – ENTREGA DE SOJA FUTURA – FRUSTRAÇÃO DA COLHEITA – ESTIAGEM PROLONGADA – TEORIA DA IMPREVISÃO – INAPLICÁVEL – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Nos contratos em que se fixa, como moeda para pagamento da dívida, a entrega de soja, não há aplicação da teoria da imprevisão, decorrente de estiagem prolongada, capaz de frustrar a colheita, por haver risco inerente ao negócio, afastando-se, portanto, a hipótese de onerosidade excessiva e desequilíbrio na equação financeira desses contratos. (TJMS, AC n. 2007.011101-2, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 5.11.2009).

Por derradeiro, destaco importante anotação trazida pelo ilustre magistrado sentenciante (f. 404):

> [...] se a Autora não cumpriu sua parte na avenca como poderia exigir que o Requerido cumprisse a sua? E veja que o Requerido – é bom repetir isso – cumpriu sua parte franqueando o acesso, à Autora e seu marido, na área arrendada. Somente em 2005/2006 é que, ante da falta de pagamento da renda e ante a impossibilidade da Autora plantar é que retomou as terras.

Assim, restando evidenciado que a recorrente não cumpriu com o ônus probatório que lhe tocava, não merece reparo a sentença recorrida.

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

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário -interposto por Agata Thoele contra decisão proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, nos autos da Rescisão de Contrato movida por Luiz Antonio Pereira de Morais.

Acompanho o ilustre relator, para negar provimento ao recurso de apelação, por ser improcedente o pedido da recorrente.

Em que pese a afirmação de que a seca que assolou a região em 2003 e 2004 foi bastante intensa, tal não é suficiente para justificar a reforma da decisão singular. Não pode ser levada em consideração a teoria da imprevisão, pois o risco de a lavoura sofrer as ações da natureza é intrínseco à atividade exercida, de forma que não pode o apelado ser responsabilizado pela seca.

Além disso, a apelante plantou por duas safras, não obtendo êxito em nenhuma delas, tanto o é que não efetuou o pagamento pela utilização da terra, em razão da escassez de recursos financeiros.

Portanto, a apelante não pode postular pela rescisão do contrato, uma vez que, não tendo cumprido com sua obrigação de pagar as rendas de arrendamento (cláusulas quarta e décima quarta do contrato), deu causa a sua rescisão.

Assim, também, voto pelo não provimento do recurso.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 27 de setembro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.028942-8 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO COM PEDIDO DE RESSARCIMENTO POR DANOS MORAIS MATERIAIS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – BLOQUEIO INDEVIDO DE SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA (CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO) – APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS – MERO ABORRECIMENTO NÃO INDENIZÁVEL – HONORÁRIOS – MATÉRIA PREJUDICADA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NÃO PROVIDO.

Sendo as empresas de telecomunicações prestadoras de serviço público na modalidade concessão, possuem responsabilidade objetiva pelos danos causados aos seus consumidores, nos termos do que dispõe o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

A prestação defeituosa de um serviço nem sempre ensejará danos morais. Para tanto, é imprescindível que haja repercussão na esfera íntima do ofendido.

Com a manutenção da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial, resta prejudicado o ponto do recurso em que a recorrente pede que as verbas de sucumbência, eventualmente fixadas em seu favor, levem em conta o estabelecido no art. 20, § 3°e § 4°, do CPC.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de outubro de 2011.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Tânia Cristina Siqueira**,** irresignada com a sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos nos autos da ação de anulação de negócio com pedido de ressarcimento por danos morais materiais e indenização por danos morais proposta contra Americel S/A**,** interpõe recurso de apelação, objetivando sua reforma.

Nas razões do apelo que traz a este Sodalício (f. 88-98), aduz que a responsabilidade da empresa de telefonia é objetiva, vale dizer, independe de culpa, nos molde do CDC, bastando, para tanto, que se comprove o fato que gerou o dano.

Assevera que, *in casu*, os honorários advocatícios deverão ser fixados com observância do art. 20, § 4°, do CPC, atendidas as peculiaridades do § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do mesmo dispositivo legal.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a sentença recorrida, para que a recorrida seja condenada à verba indenizatória postulada pelo mal causado e pela falta da prestação do serviço contratado. Objetiva, ainda, seja a apelada condenada ao pagamento das custas e honorários advocatícios arbitrados de forma equitativa.

A apelada, em contrarrazões (f. 103-7), pede o não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Tânia Cristina Siqueira**,** irresignada com a sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos nos autos da ação de anulação de negócio com pedido de ressarcimento por danos morais materiais e indenização por danos morais proposta contra Americel S/A.

Nas razões do apelo que traz a este Sodalício (f. 88-98), aduz que a responsabilidade da empresa de telefonia é objetiva, vale dizer, independe de culpa, nos molde do CDC, bastando, para tanto, que se comprove o fato que gerou o dano.

Assevera que, *in casu*, os honorários advocatícios deverão ser fixados com observância do art. 20, § 4°, do CPC, atendidas as peculiaridades do § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do mesmo dispositivo legal.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a sentença recorrida, para que a recorrida seja condenada à verba indenizatória postulada pelo mal causado e pela falta da prestação do serviço contratado. Objetiva, ainda, seja a apelada condenada ao pagamento das custas e honorários advocatícios arbitrados de forma equitativa.

A apelada, em contrarrazões (f. 103-7), pede o não provimento do recurso.

Inicialmente, cumpre fazer alguns apontamentos sobre os fatos que deram ensejo à presente demanda.

Consoante se extrai dos autos, a recorrente firmou com a recorrida o contrato de n. 529824722, para utilização da linha telefônica de n. 6792838553, no plano denominado Super Controle, onde pagaria mensalmente a quantia de R$ 35,00 (trinta e cinco reais). No mês de agosto/2009, pagou a conta de R$ 35,85 (trinta e cinco reais e oitenta e cinco centavos). Contudo, em setembro/2009, recebeu fatura de apenas R$ 0,96 (noventa e seis centavos), efetuando sua quitação. Em outubro/2009, chegou outra fatura, no entanto, veio zerada. Neste mesmo mês, recebeu correspondência informando-a de que havia pagamento de fatura em aberto, e que poderia sofrer o bloqueio na linha. Também em outubro/2009, foi surpreendida com nova fatura, cobrando a quantia de R$ 71,92 (setenta e um reais e noventa e dois centavos), correspondente a setembro e outubro, sem conter quaisquer explicações de gastos. Entretanto, antes mesmo do vencimento da referida fatura, datada de 20.10.2009, a empresa de telefonia bloqueou o telefone celular da recorrente (15.10.2009), razão pela qual ajuizou a presente demanda, objetivando ser reparada pelos danos morais sofridos.

O juiz singular reconheceu o equívoco praticado pela empresa de telefonia em emitir fatura cobrando valor muito aquém do devido. Contudo, indeferiu o pedido de indenização após verificar que a recorrente não comprovou estar em dia com o pagamento das faturas desde o mês de julho de 2009. Nesta esteira, considerou que o bloqueio do telefone partiu do exercício regular do direito da empresa de telefonia.

Feitos tais esclarecimentos, verifico que o cerne da questão devolvida com o presente recurso cinge-se em saber se a recorrente realmente preencheu os requisitos para auferir a indenização pleiteada na exordial.

Pois bem, desde já, faz-se mister esclarecer que o dano moral afirmado na inicial seria decorrente de má prestação de um serviço público. É cediço que as empresas de telecomunicações são prestadoras de serviço público na modalidade de concessão. Dessa forma, a elas será aplicável a teoria do risco administrativo prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que dispõe: *"As pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"*.

Assim, a responsabilidade da empresa de telefonia será sempre objetiva, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever de indenizar.

Aliás, *in casu*, o evento danoso tem origem no bloqueio indevido do telefone celular da recorrente, já que a recorrida emitiu as contas dos meses de setembro e outubro de 2009 em valor abaixo do contratado (f. 14 e 15). No entanto, posteriormente, em nova fatura, cumulou os valores dos dois meses não pagos, gerando uma conta no valor de R$ 70,92 (setenta reais e noventa e dois centavos), com vencimento em 20.10.2009 (f. 19). Contudo, em 15.10.2009 (f. 30), bloqueou o celular da apelante, isto sem sequer oportunizar o pagamento das duas faturas em aberto.

Ora, se a operadora laborou com equívoco em enviar cobrança em valores abaixo do devido, a toda evidência, após sanar o erro, deveria, no mínimo, conferir à consumidora a chance de quitar os débitos pendentes. No entanto, optou por suspender a prestação do serviço antes mesmo do prazo do vencimento da fatura onde cumulou os dois meses em atraso.

Assim, resta evidente a imprudência da empresa-ré em proceder ao bloqueio do serviço de telefonia sem deixar transcorrer o prazo anotado para a consumidora arcar com as pendências provenientes de seu próprio equívoco.

No entanto, a meu ver, em que pese a conclusão de que a conduta da apelada tenha sido indevida, tenho que não restou demonstrado nos autos o dano moral na dimensão apontada pela consumidora.

Vale frisar que a prestação de serviço defeituoso nem sempre ensejará danos morais. Para tanto, é imprescindível que haja repercussão na esfera íntima do ofendido.

Nesse norte, leciona Felipe P. Braga Netto:

> O não-cumprimento dos contratos gera, em linha de princípio, conseqüências financeiras, de ordem puramente materiais, que, aliás, segundo a sistemática contratual, nem precisam ser provados, bastando que se prove o inadimplemento, daí resultando as perdas e danos.
>
> A mesma conseqüência automática não se pode pretender em relação aos danos morais. Eles podem configurar-se, resultando de um contrato não cumprido ou cumprido de forma defeituosa, mas dependerão, para tanto, da prova a ser feita pela vítima de que as circunstâncias do caso, excepcionais e singulares, indicam sua configuração[1].

E, ainda, 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

1 **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47.

> prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ispa*. 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 anão-inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante[2]. – Grifei.

Conforme se depreende dos autos, os danos sofridos pela apelante se limitaram ao aborrecimento gerado pelo bloqueio de sua conta, e sobre essa situação, em específico, colhe-se recente julgado do STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INTERRUPÇÃO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA. MERO DISSABOR. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZADO. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO.
>
> 1. A interrupção no serviço de telefonia caracteriza, via de regra, mero dissabor, não ensejando indenização por danos morais.
>
> 2. A tese defendida no recurso especial demanda o reexame do conjunto fático e probatório dos autos, vedado pelo enunciado 7 da Súmula do STJ.
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgReg no Ag n. 1170293/RS, Quarta Turma, Relª. Minª. Maria Isabel Gallotti, julgado em 12.4.2011, DJ de 28.4.2011).
>
> Ora, os danos morais caracterizam-se como aqueles que atingem valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz etc.

Neste passo, leciona Arnaldo Rizzardo:

> [...] o dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranqüilidade, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. Cumpre notar, no entanto, que não alcança, no dizer do Superior Tribunal de Justiça, 'os simples aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito', que 'devem ser considerados como os que não ultrapassem o limite do razoável, tais como: a longa espera em filas para atendimento, a falta de estacionamentos públicos suficientes, engarrafamentos etc. [3]

Portanto, para que reste caracterizado o dano moral, não basta que a conduta ilícita tenha causado mero aborrecimento à suposta vítima, é necessário que tenha atingido valores eminentemente espirituais, que transgridem o limite do razoável. Meros aborrecimentos ou dissabores do cotidiano não são indenizáveis.

Nesse sentido, o STJ tem decido:

> Não há conduta ilícita quando o agente age no exercício regular de um direito. Mero aborrecimento, dissabor, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 303.396/PB, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 5.11.2002, DJ de 24. 2.2003, p. 238)
>
> [...] 4. Se a descrição dos fatos para justificar o pedido de danos morais está no âmbito de dissabores, sem abalo à honra e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade, o dano moral não é pertinente. 5. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp n. 554.876/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 17.2.2004, DJ de 3.5.2004, p. 159).

2 Idem, 2003. p. 552-3

3 **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 246

Em sendo assim, tenho que no caso relatado não há falar em danos morais passíveis de gerar o pagamento da indenização, nos moldes pleiteados pela parte recorrente.

Com essa conclusão, tenho que a sentença deve ser mantida, mesmo que por outros fundamentos, restando prejudicado o ponto do recurso em que a recorrente pede que as verbas de sucumbência, que forem eventualmente fixadas em seu favor, levem em conta o estabelecido no art. 20, § 3°e § 4°, do CPC.

Ante o exposto, conheço, em parte, do presente recurso de apelação e, na parte conhecida, nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença recorrida.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (1º Vogal)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário -interposto por Tânia Cristina Siqueira contra sentença proferida pelo Juiz da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Nulidade de negócio com indenização por danos morais e materiais movida por Americel S/A.

O autor busca não só o ressarcimento do que deixou de lucrar, como também indenização por danos morais, entretanto como delineia bem o singelo julgador, para configurar dano moral, deve ocorrer algo que fuja da normalidade, que cause um intenso desequilíbrio na vida e não um mero sentimento de revolta ou de dissabor.

Neste caso, a autora sofreu um simples incômodo, pois o equívoco da Americel ao lhe mandar no mês de setembro e outubro, faturas de R$ 0.96 e R$ 0,00, respectivamente, e dias depois enviar a cobrança correta no valor de R$ 71,92 (setenta e um reais e noventa e dois centavos), não exonera a requerente do pagamento da fatura, visto que há de se observar o princípio da boa-fé contratual.

Ademais, o fato de a autora não ter pago as faturas corretas enviadas posteriormente dá ensejo ao bloqueio da linha telefônica, não sendo tal bloqueio, em regra, capaz de gerar danos morais, ainda mais considerando as peculiaridades do caso em apreço.

No tocante aos honorários advocatícios, diante do não provimento da apelação, deve ser mantida a condenação da autora a arcar com o ônus sucumbencial.

Ante o exposto, acompanho o Relator**,** para conhecer em parte do presente recurso de apelação e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença recorrida.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (2º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM EM PARTE DO RECURSO E NEGARAM-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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, 18 de outubro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.031237-0 - Corumbá
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA E DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C TUTELA ANTECIPADA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – MÉRITO – CESSÃO DE CRÉDITO – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO CEDIDO – ART. 290 DO CÓDIGO CIVIL – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANOS MORAIS – REQUISITOS PRESENTES – VERBA INDENIZATÓRIA MANTIDA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 385 DO STJ – VERBA HONORÁRIA – *QUANTUM* RAZOÁVEL – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO ACÓRDÃO SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – RECURSO DESPROVIDO.

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. Assim, há legitimidade de quem procede à inscrição do nome da autora nos cadastros de restrição ao crédito.

Na cessão de crédito, há um negócio jurídico no qual o credor (cedente) transfere a outrem (cessionário) o seu direito. Há a substituição do credor originário por outra pessoa, mantendo-se, porém, os demais elementos do contrato, inclusive, atinente àquilo que ele tem de receber do devedor (cedido), a quem não é cabível intervir no negócio. Todavia, este merece ser informado da realização do negócio para saber a quem deverá dirigir-se para efetuar o pagamento, a teor do artigo 209 do Código Civil.

Visto que o devedor não foi notificado da cessão de crédito realizada, indevida, portanto, a inserção do seu nome no órgão de proteção ao crédito pela empresa cessionária, fato que acarreta o dever de indenizar o dano moral independentemente de prova da lesão.

A quantificação do dano deve 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.

Em se tratando de ação condenatória cujo pedido fora julgado procedente, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC. Assim, se o julgador observou tais requisitos, não há falar em redução do percentual arbitrado.

Se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA E DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C TUTELA ANTECIPADA – VERBA INDENIZATÓRIA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A quantificação do dano deve 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.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de novembro de 2011.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Atlântico – fundo de investimento em direitos creditórios não padronizados –, irresignada com a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de declaração de inexistência de relação jurídica e débito c/c indenização por danos morais c/c tutela antecipada ajuizada por Angelo César Silva Maranho**,** interpõe recurso de apelação (f. 142-67), objetivando a sua reforma.

Alega que se tornou titular do crédito devido pela apelada por força de um contrato de cessão de crédito celebrado com o Banco Santander.

Esclarece que, caso o débito do contrato tenha origem fraudulenta, quem deverá arcar com eventuais ônus é o Banco Santander, que foi quem contratou com a apelada.

Menciona que o feito deve ser extinto sem julgamento de mérito, em razão da sua ilegitimidade passiva, devendo ser responsabilizada, exclusivamente, a empresa cedente.

No mérito, aduz que, mesmo diante da cessão de crédito, a notificação exigida pela lei é para proteger o devedor de pagar ao credor antigo (cedente), de maneira que a ausência de notificação da cessão não obstaria a negativação do nome do devedor por dívida por ele contraída.

Sustenta que inexiste qualquer comprovação de prejuízos suportados pela parte apelada capazes de ensejar o pagamento de indenização a título de danos morais, pois não houve indicação de forma clara e precisa na inicial, qual o suposto dano e quais os prejuízos sofridos.

Afirma que, em que pese haja a negativação do nome do apelado, há a necessidade de existência de prova do constrangimento e abalo de seu crédito, pois o dano hipotético não é indenizável.

Salienta que o *quantum* indenizatório deve ser fixado do modo mais razoável possível, evitando-se que a indenização constitua fonte de enriquecimento sem causa, bem como observando as peculiaridades do caso, a situação fática, a repercussão moral e a condição econômica das partes.

Debate-se, ainda, pela redução do percentual de 15% sobre o valor da condenação arbitrado a título de honorários advocatícios.

Prequestiona a matéria de direito exposta.

Remata, pedindo o conhecimento e o provimento do recurso para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva ou, ainda, em reformando a sentença: declarar a inexistência de dano moral. Alternativamente, pleiteia a diminuição do *quantum* indenizatório e que os honorários advocatícios sejam minorados.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões às f. 196-204.

Por sua vez, o autor, Angelo César Silva Maranho**,** interpõe recurso de apelação adesivo (f. 205-13).

Argumenta que "*a quantia de R$ 6.000,00 (seis mil reais) é incontestavelmente inócua em relação à condenada, jamais servindo como medida punitiva, e muito menos como medida pedagógica, a desestimular a condenada a abster-se de seguir praticando atos ilegais e irresponsáveis*" (f. 210).

Finaliza, requerendo a reforma de parte da sentença para majorar o valor dos danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Contrarrazões do réu às f. 216-25.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Atlântico – fundo de investimento em direitos creditórios não padronizados –, irresignada com a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de declaração de inexistência de relação jurídica e débito c/c indenização por danos morais c/c tutela antecipada ajuizada por Angelo César Silva Maranho**,** interpõe recurso de apelação (f. 142-67), objetivando a sua reforma.

Alega que se tornou titular do crédito devido pela apelada por força de um contrato de cessão de crédito celebrado com o Banco Santander.

Esclarece que, caso o débito do contrato tenha origem fraudulenta, quem deverá arcar com eventuais ônus é o Banco Santander, que foi quem contratou com a apelada.

Menciona que o feito deve ser extinto sem julgamento de mérito, em razão da sua ilegitimidade passiva, devendo ser responsabilizada, exclusivamente, a empresa cedente.

No mérito, aduz que, mesmo diante da cessão de crédito, a notificação exigida pela lei é para proteger o devedor de pagar ao credor antigo (cedente), de maneira que a ausência de notificação da cessão não obstaria a negativação do nome do devedor por dívida por ele contraída.

Sustenta que inexiste qualquer comprovação de prejuízos suportados pela parte apelada capazes de ensejar o pagamento de indenização a título de danos morais, pois não houve indicação de forma clara e precisa na inicial, qual o suposto dano e quais os prejuízos sofridos.

Afirma que, em que pese haja a negativação do nome do apelado, há a necessidade de existência de prova do constrangimento e abalo de seu crédito, pois o dano hipotético não é indenizável.

Salienta que o *quantum* indenizatório deve ser fixado do modo mais razoável possível, evitando-se que a indenização constitua fonte de enriquecimento sem causa, bem como observando as peculiaridades do caso, a situação fática, a repercussão moral e a condição econômica das partes.

Debate-se, ainda, pela redução do percentual de 15% sobre o valor da condenação arbitrado a título de honorários advocatícios.

Prequestiona a matéria de direito exposta.

Remata, pedindo o conhecimento e o provimento do recurso para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva ou, ainda, em reformando a sentença: declarar a inexistência de dano moral. Alternativamente, pleiteia a diminuição do *quantum* indenizatório e que os honorários advocatícios sejam minorados.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões às f. 196-204.

Por sua vez, o autor, Angelo César Silva Maranho, interpõe recurso de apelação adesivo (f. 205-13).

Argumenta que "*a quantia de R$ 6.000,00 (seis mil reais) é incontestavelmente inócua em relação à condenada, jamais servindo como medida punitiva, e muito menos como medida pedagógica, a desestimular a condenada a abster-se de seguir praticando atos ilegais e irresponsáveis*" (f. 210).

Finaliza requerendo a reforma de parte da sentença para majorar o valor dos danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Contrarrazões do réu às f. 216-25.

Passo ao exame conjunto dos recursos, dada a identidade da matéria devolvida.

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela preliminar de ilegitimidade passiva aventada pela instituição financeira.

Da ilegitimidade passiva *ad causam*

Sabe-se bem que a tutela jurisdicional não pode ser alcançada mediante qualquer manifestação de vontade perante o órgão judicante, sendo de fundamental importância que sejam observados os requisitos de estabelecimento e desenvolvimento válidos da relação processual.

No entanto, para que o processo seja eficaz, apto a atingir a finalidade buscada pela parte, não basta tão somente a simples validade da relação processual regularmente estabelecida entre os interessados e o juiz, fazendo-se mister que a lide seja deduzida em juízo com observância de alguns requisitos básicos denominados de condições da ação.

Conforme leciona Giuseppe Chiovenda:

> [...] as condições da ação são as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável. (**Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 89. v. 1)

Deve-se anotar, ainda, a lição do nunca assaz citado Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, que sustentam ser o mérito (pedido), via de regra, a última questão a ser examinada pelo juiz, tanto do ponto de vista lógico quanto do cronológico, devendo, primeiramente, o juiz examinar as questões preliminares, que dizem respeito ao próprio direito de ação (condições da ação) e à existência e regularidade da relação jurídica processual (pressupostos processuais). [1]

1 **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 699.

Dessa forma, o exame do pedido depende da análise das condições da ação que, presentes ou ausentes, possibilitam ou impedem o seu exame, visto que a ausência de uma ou mais das condições da ação implica a ocorrência do fenômeno da carência da ação, ficando o juiz impedido de examinar o mérito e, por conseguinte, devendo extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC.

São três as condições que permitem a regular admissibilidade da ação, quais sejam, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade das partes.

Para que o autor e o réu sejam partes legítimas, é fundamental que, quanto ao primeiro, haja uma ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo, ou seja, em princípio deve ser titular da situação jurídica afirmada em juízo, conforme disposto no artigo 6º do CPC, enquanto ao réu é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor.

Logo, como regra, parte legítima para exercer o direito de ação é aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, como aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito, ou seja, são os titulares dos interesses em conflito.

Merece destaque o escólio de Cândido Rangel Dinamarco:

> Legitimidade *ad causam* é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte 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. (**Instituições de Direito Processual Civil**. 4 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 306. v. 2)

Em que pesem as assertivas deduzidas nas razões recursais da requerida, verifica-se nos autos que esta realizou com a empresa Brasil Telecom uma Cessão de Crédito, ou seja, um negócio jurídico que, na lição de Arnaldo Rizzardo, "*opera-se com substituição do titular do direito ou do crédito, ou da pessoa obrigada. Há uma relação vinculando duas pessoas em torno de uma obrigação, e procedendo-se a transferência de um dos polos, com o aparecimento de novo titular.*" (**Direito das Obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 251)

Aliás, conforme o documento de f. 10 dos autos, foi a empresa recorrente quem providenciou a inclusão do nome da recorrida nos órgãos de proteção ao crédito, motivo pelo qual é forçoso reconhecer a sua legitimidade para figurar no polo passivo do feito.

Logo, **afasto a prejudicial.**

Mérito

A *vexata quaestio* da presente demanda cinge-se em saber se é possível a condenação da instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais ante a ausência de notificação da autora recorrida da cessão de crédito realizada com o Banco Santander e, com isso, indevida a inserção do seu nome nos cadastros de inadimplentes referente a um débito proveniente de serviços telefônicos.

Ora, tenho que não assiste razão à instituição financeira, uma vez que a sentença objurgada deve ser mantida *in totum* por seus próprios fundamentos.

No caso dos autos, depreende-se que a empresa recorrente é cessionária do Banco Santander, tendo recebido o crédito referente à dívida da parte autora cedida, ora recorrida.

Visto que houve a transmissão de créditos e de débitos e, até mesmo, da posição contratual, a empresa recorrente providenciou o registro do nome do apelado nos cadastros de Serviço de Proteção ao Crédito – SPC –, conforme f. 10 dos autos.

Diante disso, o recorrido ingressou em juízo com a presente demanda, pugnando pela declaração de inexistência de relação jurídica e de débito com a recorrente, bem como o recebimento de indenização por danos morais provenientes da negativação do seu nome realizada de forma indevida.

O magistrado *a quo*, às f. 134-8 dos autos, julgou procedente o pedido do autor para declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes, relativamente ao objeto de cessão, visto que a parte autora comprovou o pagamento das supostas dívidas inadimplidas, tendo condenado a apelante ao pagamento de indenização por danos morais no importe R$ 6.000,00 (seis mil reais).

Pois bem. Como é cediço, a cessão de crédito é uma modalidade de transmissão de obrigações, de créditos, de dívidas e de posição jurídica de qualquer dos contratantes, sendo fenômeno de grande relevância prática nas transações comerciais, regulamentado a partir do artigo 286 do Código Civil Brasileiro.

Ou seja, na cessão de crédito há um negócio jurídico no qual o credor (cedente) transfere a outrem (cessionário) o seu direito. Há a substituição do credor originário por outra pessoa, mantém-se, porém, os demais elementos do contrato. Trata-se, portanto, de uma transferência de créditos, no qual abarcam direitos e obrigações, ou toda a relação jurídica estabelecida. No negócio, há o ingresso da posição do credor, atinente àquilo que ele tem de receber do devedor (cedido), a quem não é cabível intervir no negócio.

Todavia, o cedido, merece ser informado da realização do negócio para saber a quem deverá dirigir-se para efetuar o pagamento, evitando que satisfaça a obrigação para o credor anterior, cedente.

Esta regra está prevista no artigo 290 do Código Civil, que assim dispõe:

> Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita. (grifei)

Ao comentar referida regra, Arnaldo Rizzardo esclarece que:

> O dispositivo não enseja maiores dúvidas. Todavia, esclarece-se que o ato público (escritura pública) da cessão não dispensa a medida de comunicação documentada, necessária, justificava Mário Júlio de Almeida Costa, para atribuir eficácia quanto a terceiros. (Op cit. p. 264.)

É imperioso destacar também a lição de Hamid Charaf Bdni Jr. sobre esse assunto:

> Embora seja terceiro em relação à cessão, que se aperfeiçoa sem seu consentimento, o certo é que a eficácia do negócio em relação ao devedor depende de sua notificação, ou de que declare conhecê-la em instrumento público ou particular, ainda que não elaborado com esse objetivo específico, pois a lei não faz tal exigência. Na maioria dos casos, a cessão de crédito pode ser celebrada sem forma solene, mas em sede doutrinária foi discutido se ela se aperfeiçoa sem a notificação do devedor. [...] A legislação em vigor deixou evidente que apenas a eficácia da cessão em relação ao devedor dependerá de sua ciência. Tal conclusão se extrai não só do presente artigo, mas também dos art. 288 e art. 293, que autorizam o cessionário a exercer atos conservatórios de seu direito independentemente do conhecimento do fato pelo devedor – o que só é possível porque

> se lhe reconhece o direito independentemente da notificação. O mencionado dispositivo legal destaca que a ciência do cedido deve ser expressa e formal. Pode ser judicial ou não, promovida pelo cedente ou pelo cessionário e, em se tratando de dívida solidária, deve ser feita a todos os co-devedores. (**Código Civil Comentado. Doutrina e Jurisprudência**. Barueri: Manole, 2007. p. 198.)

Portanto, inexistindo prova nos autos da notificação judicial, extrajudicial ou presumida do cedido em relação à cessão de crédito realizada pela recorrente-cessionária com o Banco Santander, não há falar em eficácia do negócio jurídico em relação àquela e, consequentemente, impossível a inserção do seu nome nos cadastros de restrição ao crédito.

Continuando, como é cediço, com relação aos danos morais, o artigo 186 do Código Civil disciplina que, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Vale dizer, para que haja dever de indenizar por responsabilidade civil, é necessário o preenchimento de certos requisitos, quais sejam: a) conduta dolosa ou culposa do agente (ação ou omissão); b) relação de causalidade e; c) dano. Contudo, nos casos de responsabilidade objetiva basta a prova do dano e do nexo de causalidade.

In casu, a conduta ilícita do agente se dá em razão da ausência de notificação do autor, da cessão de crédito ocorrida entre a empresa recorrente-cessionária e a empresa Banco Santander, além da indevida inclusão do nome do autor no rol de inadimplentes, por conta da inclusão de dívida adimplida.

Com efeito, a parte que tem seu nome inscrito indevidamente no cadastro de proteção ao crédito, o suposto inadimplente sofre as mais diversas restrições, que atingem de forma grave não só o seu crédito, mas também sua reputação perante a sociedade.

Portanto, demonstrada a conduta da empresa recorrente em negativar, indevidamente, o nome do apelado, afigura-se latente os requisitos da responsabilidade civil, como visto anteriormente.

Ao apreciar caso deveras análogo, em que houve cessão de crédito e negativação do nome sem que houvesse notificação acerca da cessão, esta Turma já decidiu que exsurge o dever de indenizar, senão vejamos o precedente de minha relatoria, *in verbis*:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA E DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C TUTELA ANTECIPADA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – MÉRITO – CESSÃO DE CRÉDITO – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO CEDIDO – ART. 290, DO CÓDIGO CIVIL – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANOS MORAIS – REQUISITOS PRESENTES – VERBA INDENIZATÓRIA MANTIDA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 385, DO STJ – VERBA HONORÁRIA – *QUANTUM* RAZOÁVEL – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – PROLAÇÃO DO DECISUM – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO ACÓRDÃO SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 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. Assim, há legitimidade de quem procede a inscrição do nome da autora nos cadastros de restrição ao crédito.

Na cessão de crédito há um negócio jurídico no qual o credor (cedente) transfere a outrem (cessionário) o seu direito. Há a substituição do credor originário por outra pessoa, mantendo-se, porém, os demais elementos do contrato, inclusive, atinente àquilo que ele tem de receber do devedor (cedido), a quem não é cabível intervir no negócio. Todavia, este merece ser informado da realização do negócio para saber a quem deverá dirigir-se para efetuar o pagamento, a teor do artigo 209, do Código Civil.

Tendo em vista que o devedor não foi notificado da cessão de crédito realizada, indevida, portanto, a inserção do seu nome no órgão de proteção ao crédito pela empresa cessionária, fato que acarreta o dever de indenizar o dano moral, independentemente de prova da lesão.

A quantificação do dano deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas conseqüências, 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 juros de mora é o da prolação da decisão, porquanto somente daí o devedor passou a incidir em mora.

Em se tratando de ação condenatória cujo pedido fora julgado procedente, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC. Assim, se o julgador observou tais requisitos, não há que se falar em redução do percentual arbitrado.

Se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais. (TJMS, AC n. 2011.014793-1, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 21.6.2011) – grifei.

Nesse mesmo sentido, já restou decidido por este Egrégio Tribunal de Justiça, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA E/OU DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CESSÃO DE CRÉDITO A EMPRESA DE COBRANÇA NA CADEIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR – ART. 290 DO CÓDIGO CIVIL – INEFICÁCIA EM RELAÇÃO AO DEVEDOR – MANUTENÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DO SPC/SERASA – REPERCUSSÃO MORAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊCIA CONFIGURADAS – SITUAÇÃO QUE SUPERA O MERO ABORRECIMENTO – ABUSO DE DIREITO – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* ARBITRADO CORRETAMENTE – RECURSO IMPROVIDO.

Consoante dispõe o art. 290 do Código Civil, a eficácia da cessão em relação ao devedor requer a sua notificação pelo cedente ou cessionário, que se não providencia, seja extrajudicial ou presumida, a cessão não produz efeito para o devedor.

A inscrição indevida nos cadastros restritivos de crédito não provoca "mero aborrecimento", mas manifesto abuso de direito, ao arrepio de qualquer norma legal de prestação de serviço, o que hostiliza a vida privada, o ânimo, a honra e a imagem do consumidor, o que impõe a indenização pelos danos morais sofridos. (TJMS, AC n. 2009.014493-8, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 15.10.2009) – grifei.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SPC – CESSÃO DE CRÉDITO – ORIGEM DO DÉBITO NÃO COMPROVADA – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA CESSÃO DE CRÉDITO – DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO DO DEVEDOR POR OUTROS DÉBITOS, CONTEMPORÂNEOS AO DISCUTIDO NOS AUTOS – DANOS MORAIS AFASTADADOS – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

A inércia do credor-cessionário na produção da prova a respeito da origem e da validade do crédito objeto da cessão de crédito, fato jurídico que invoca a fim de lhe ser reconhecido o direito de efetuar a cobrança e se valer dos meios coercitivos para tanto, leva-o à sujeição ao pedido do suposto devedor.

Para fins de eficácia do negócio de cessão de crédito, o devedor deve tomar conhecimento do ato para efetuar o pagamento, mediante notificação, nos termos do art. 290 do Código Civil.

Evidenciado pela prova dos autos que o autor da ação de indenização encontrava-se inscrito no cadastro do SPC por outros registros desabonatórios não há como manter a condenação da ré ao pagamento de danos morais.

Sentença reformada. Recurso da ré parcialmente provido. Recurso do autor julgado prejudicado. (TJMS, AC n. 2010.008826-3, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 25.5.2010) – grifei.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CESSÃO DE CRÉDITO A EMPRESA DE COBRANÇA NA CADEIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR – ART. 290 DO CÓDIGO CIVIL – INEFICÁCIA EM RELAÇÃO AO DEVEDOR – MANUTENÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – ABUSO DE DIREITO – DANO MORAL CONFIGURADO – REDUÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A cessão de crédito é um negócio jurídico que pode ser realizado independentemente da concordância do devedor, exigindo-se, contudo, sua notificação para que tenha eficácia, consoante determina o art. 290 do Código Civil.

A jurisprudência encontra-se consolidada no sentido de ser presumível o dano moral sofrido pelo consumidor que teve seu nome indevidamente inscrito em cadastro de proteção ao crédito.

Ainda que se leve em conta o escopo punitivo e educativo da indenização por danos morais, não se pode admitir que a mencionada indenização atinja um valor excessivo, desconectado, inclusive, da sua função primordial de reparar um dano.

Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJMS, AC n. 2007.031973-5, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 17.11.2009) – grifei.

Não se pode esquecer, ainda, que o dano indenizável aqui exposto é daqueles denominados dano moral puro, ou seja, a ofensa decorre do simples lançamento indevido do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes, independentemente de comprovação de prejuízo material, dado que a obrigação de reparar o dano nasce com a ofensa à honra subjetiva.

É cediço que a indevida manutenção de uma pessoa nos cadastros de inadimplentes causa vários constrangimentos e a perda da credibilidade pessoal e negocial, tudo com sérios reflexos em sua honra e respeitabilidade, danos estes que, nos casos de inscrição indevida em cadastro oficial, restam provados (f. 10).

Nesse passo, para que esteja caracterizada a responsabilidade civil do ofensor, a parte ofendida não necessita comprovar o efetivo dano moral. Este se opera por força do simples fato da violação. Como já dito, trata-se do dano moral puro. Ocorrido o fato danoso e estando presentes os pressupostos legais que ensejam a responsabilidade civil, exsurge o dever de indenizar.

Com muita clareza, preleciona 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.[...] (**Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 552).

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul assim se posicionou, *in verbis*:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – RESTRIÇÃO INDEVIDA – DÉBITO QUITADO – DANO MORAL PURO QUE INDEPENDE DE PROVA – VALOR DA INDENIZAÇÃO – FIXAÇÃO DE FORMA RAZOAVEL – RECURSO IMPROVIDO.
>
> O dano moral decorrente da inscrição indevida do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito é presumido, não sendo necessária a produção de prova para sua demonstração.
>
> A indenização por dano moral deve ser fixada pelo julgador segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento ilícito, devendo atender sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor. (TJMS, AC n. 2010.039161-0, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 7.4.2011)
>
> Em relação à prova do dano moral, ela se torna desnecessária, pois a lesão em si já demonstra sua existência. É ilógico exigir a demonstração de algo imaterial; daquilo que habita a alma da pessoa. Exigir que o lesado prove seu dano moral equivale a uma sentença de improcedência, no mais das vezes. Faz prova do dano moral o fato que o originou e não do dano propriamente dito, pois este é presumido. (TJMS, AC n. 1000.064522-5, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 23.6.2003).

Devida a indenização por danos morais, resta a discussão sobre a sua quantificação.

O nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

A respeito do tema, Arnaldo Rizzardo cita Carlos Roberto Gonçalves e faz o seguinte balizamento:

> Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios: ‘a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva. (**Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270)

São esses os critérios comumente citados pela doutrina e jurisprudência. Portanto, a quantificação deve 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.

Considerando tais parâmetros, bem como o potencial financeiro da apelante, entendo que a importância fixada em instância singela, qual seja, R$ 6.000,00, não se apresenta excessiva ou desproporcional para compensar os danos morais sofridos pela recorrente.

Com relação aos honorários advocatícios de sucumbência, que, segundo a recorrente deveriam ser fixados em percentual mínimo, dadas as características dos autos, entendo que não lhe assiste razão.

É cediço que vige no ordenamento jurídico a regra de que as verbas de sucumbência devem ser suportadas por aquele que sair vencido na demanda. É o que disciplina a primeira parte do artigo 20 do CPC "*a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios*".

Os honorários advocatícios, por se tratar de ação condenatória que tivera seu pedido julgado procedente, devem ser fixados em observância aos limites do artigo 20, § 3º, do CPC, ou seja, a verba honorária deverá ser fixada entre os percentuais de 10% e 20% sobre o valor da condenação, salvo cuidando-se de causas de pequeno valor ou de valor inestimável.

No caso em apreço, o magistrado de primeira instância fixou os honorários advocatícios de sucumbência em 15% sobre o valor da condenação, razão pela qual se conclui que foram observados os critérios objetivos previstos no supracitado dispositivo infraconstitucional (quais sejam, o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço), não se mostrando desarrazoado.

Assim, **não merecem ser minorados os honorários advocatícios.**

Quanto ao prequestionamento formulado, 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**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 240)

Assim, se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da seguinte ementa, transcrita apenas na parte que interessa:

> O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais. (ED n. 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, 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)

Do dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Atlântico – fundo de investimento em direitos creditórios não padronizados –, afasto a preliminar e, no mérito, nego-lhe provimento. De igual modo, nego provimento ao recurso adesivo interposto por Angelo César Silva Maranho.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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, 8 de novembro de 2011.

***

Órgão Especial
Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.035531-5 - Capital
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL QUE ESTABELECE FERIADO NO DIA DA CONSCIÊNCIA NEGRA – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA – AFASTADA POR MAIORIA – OFENSA A PRINCÍPIOS QUE REGEM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ESTADUAL, BEM COMO A LEI FEDERAL N. 9.093/95 – PROCEDENTE.

Ao Ente Federado não é conferida a competência para instituir nova data de feriado estadual, consoante interpretação sistêmica das normas e princípios constitucionais e de Lei Federal que rege a matéria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o relator, rejeitar a preliminar de incompetência do Tribunal de Justiça, com o parecer oral. Por unanimidade, julgaram procedente a ação, com o parecer. Ausentes, por férias, os Des. Hildebrando e Sérgio e, justificadamente, os Des. Atapoã e Fernando.

Campo Grande, 19 de outubro de 2011.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Federação do Comércio do Estado de Mato Grosso do Sul propõe ação direta de inconstitucionalidade, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.958, de 31 de agosto de 2010, que instituiu feriado estadual o dia 20 de novembro, data em que é celebrado o dia nacional da consciência negra, alegando, em suma: a) que a Lei Federal n. 9.093/95, que dispõe sobre feriados, não deixou margem aos Estados para, livremente, estipularem seus dias de feriados além da data magna estadual; b) que a instituição de feriado civil é de competência privativa da União; c) que a instituição de feriado civil no âmbito estadual interfere diretamente nas relações trabalhistas e salariais, sendo competência da União legislar sobre direito do trabalho, nos termos do art. 22, I, da CF.

Instrui com os documentos de f. 22-110.

Liminar indeferida (f. 159-62).

Os requeridos manifestaram-se às f. 129-34 e f. 136-40.

Nos termos do disposto no art. 600 do RITJMS, o Procurador-Geral do Estado prestou informações, pugnando pela declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.958/10 (f. 149-55).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Federação do Comércio do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.958, de 31 de agosto de 2010, que instituiu feriado estadual o dia 20 de novembro, data em que é celebrado o dia nacional da consciência negra.

Preliminar de ofício para declarar a incompetência deste Tribunal

O requerente sustenta, resumidamente, que o diploma legal invectivado encontra-se eivado de vício de inconstitucionalidade formal, decorrente da usurpação de competência da União para editar normas sobre direito do trabalho, nos termos do disposto no artigo 22, I, da CF., porque instituir uma data como feriado estadual implica interferir nas relações trabalhistas e salariais, pois o dia de descanso deverá ser remunerado para os trabalhadores, o que faz surgir obrigações trabalhistas para os empregadores, devendo a matéria ser regulada, única e exclusivamente, pela União.

Salienta, ainda, que a Lei Federal n. 9.093/95, que dispõe sobre feriados, não deixou margem aos Estados para, livremente, estipularem seus dias de feriado além da data magna estadual. Pugna, assim, pela declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.958/2010, de seguinte teor (f. 42):

> LEI N. 3.958 DE 31 DE AGOSTO DE 2010.
>
> Institui feriado estadual o dia 20 de novembro, dia da Consciência Negra.
>
> A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ETADO DE MATO GROSSO DO SUL.
>
> Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso do sul decreta e eu promulgo, nos termos do § 7º do artigo 70 da Constituição Estadual a seguinte Lei:
>
> Art. 1º Fica instituído como feriado estadual o dia 20 de novembro, data em que celebrado o dia Nacional da Consciência Negra.
>
> Art. 2º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.
>
> Campo Grande, 31 de agosto de 2010.

É cediço que a Constituição Federal de 1988 em seu art. 102, I, "a", deferiu competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em dissonância com a CF.

Entretanto, a Carta Maior permitiu paralelamente que os Estados-membros instituíssem igual mecanismo para aferir a constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual e municipal perante o seu próprio Estatuto Político, *ex vi*, art. 125, parágrafo 2º, o qual dispõe: "*Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão*".

Em que pese este Tribunal ter apreciado o pedido de liminar, vislumbra-se que o pleito constante na inicial se mostra embasado em afronta ao disposto no artigo 22 da Constituição Federal, bem como às determinações oriundas da Lei Federal n. 9.093/95, a qual define quais os dias de feriados civis e religiosos no âmbito nacional.

Com efeito, extrai-se da peça inicial, *in verbis*:

> [...]
>
> Ao instituir novo feriado em âmbito estadual, a Assembléia Legislativa de Mato Grosso do Sul interfere nas relações de trabalho e, consequentemente, invade competência da União (art.22, CF). (f. 3)
>
> [...]
>
> Há de se ter presente que a Constituição Federal de 1988 dispõe taxativamente ser competência da União legislar sobre direito do trabalho, a teor do que dispõe o art. 22 – isso, porque instituir uma data como feriado estadual implica em interferir nas relações trabalhistas e salariais.
>
> È certo que o dia de descanso deverá ser remunerado para os trabalhadores – o que faz surgir obrigações para os empregadores – devendo a matéria ser regulada, única e exclusivamente, pela União. (f. 7).
>
> [...]
>
> Portanto, Doutos Julgadores, seja feriado municipal ou estadual, a inconstitucionalidade é patente e deve ser declarada judicialmente, pois o art.22, inciso I da Constituição Federal é claro ao limitar a competência privativa e indelegável da União e Lei federal n. 9.093/95 é taxativa ao delimitar a hipótese de criação de feriado civil pelo Estado: a data magna do Estado.

Nesse contexto, resta evidente que é do Supremo Tribunal Federal a competência originária para processar e julgar a presente ação direita de inconstitucionalidade de lei estadual.

Posto isso, *ex vi* do disposto no artigo 113 do CPC, declaro a incompetência deste Sodalício, determinando a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal.

O(A) Sr(ª) Procurador(ª) de Justiça: Dr(ª): Paulo Alberto de Oliveira.

Esta Procuradoria-Geral de Justiça opina no sentido de se rejeitar a preliminar.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (2º Vogal)

Com a devida vênia, ouso divergir do eminente relator.

Em que pese a autora ter confrontado, na maioria das vezes, a Lei Estadual n. 3.958/2010 com o artigo 22 da Carta Magna, verifica-se que às f. 16-7, abordou-se também, expressamente, o artigo 62 da CE. Após transcrevê-lo, *ipsis literis*, no bojo da inicial, a autora concluiu da seguinte forma:

> Deveras, a Lei n. 3.958/2010 viola também o art. 62 da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, porquanto no dispositivo referido não se tem a previsão do Estado para legislar acerca da instituição de feriados, apenas e tão somente para incluir datas comemorativas.

Nessa esteira, a autora atendeu, ainda que de forma menos incisiva, à regra fixada no artigo 125, § 2º, da CF[1], cujo entendimento se reflete no sentido de que o controle abstrato estadual por meio de Adin, só pode apreciar lei estadual que seja confrontada perante a Constituição do Estado.

Resta evidente, portanto, que a autora não pautou a sua pretensão, exclusivamente, no artigo 22 da CF, é dizer, segundo a linha de raciocínio desenvolvida, o mencionado artigo não seria o único que estaria sendo violado, permitindo que este egrégio órgão especial, caso assim entenda, acolha o pedido de inconstitucionalidade formulado, devido à aparente infração ao artigo 62 da CE.

Como se observa, fora adotado como paradigma de confronto tanto a CE como a CF, o que legitima a análise da presente ação, razão pela qual, afasto a preliminar de incompetência.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (3º Vogal)

De acordo com o voto divergente.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (4º Vogal)

De acordo com o voto divergente.

O Sr. Des. Josué de Oliveira (5º Vogal)

De acordo com o voto divergente.

O Sr. Des. Joenildo de Souza Chaves (6º Vogal)

De acordo com o voto divergente.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (9ª Vogal)

De acordo com o voto divergente.

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (10ª Vogal)

De acordo com o voto divergente.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (11º Vogal)

De acordo com o voto divergente.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (12º Vogal)

De acordo com o voto divergente.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (14º Vogal)

De acordo com o voto divergente.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Afastada a preliminar, passo ao exame da questão de fundo, definida em face de uma análise sistêmica, que considere não a hierarquia das normas, mas a competência atribuída constitucionalmente

1 Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

para cada um dos instrumentos legais. Dessa forma, é certo que a Lei Federal n. 9.093/95, alterada pela Lei n. 9.335/96, possui sentido de lei nacional, na medida em que estabelece **normas gerais** que orientam e limitam toda a formação legiferante regional e local.

Este comando legal é apto, destarte, a limitar e conter a competência estadual. É de se reconhecer que a estrutura Federativa do Brasil, exige convivência harmônica entre as legislações emanadas das diversas esferas de Poder e, para tanto, a carta maior organiza em seus artigos 22, 23, 25 e 30 uma rigorosa distribuição de competências, sem reservar qualquer de suas previsões para a questão relativa a feriados ou decretação de feriados.

A ausência de previsão expressa não significa que a matéria não encontra disciplina na lei maior, pois, além dos princípios expressos, a Constituição assegura validade e eficácia aos princípios implícitos (art. 5º, § 2°), bem como às regras e aos sistemas normativos consagrados em seu corpo.

A estrutura federativa exige que a União se incumba de normas de âmbito federal, e o faz quando edita regras que cuidam de atribuições típicas do governo central, e normas de sentido nacional, quando produz regras aparelhadas para vincular toda a nação.

As normas federais são editadas em atenção à competência exclusiva e privativa da União, basicamente aquelas previstas no art. 22 da Constituição. Tais normas, uma vez editadas, encerram o atributo de competência, compondo normas inteiras, completas, pois esgotam a competência central.

Diversamente, as normas nacionais conquistam o sentido de **normas gerais** ou **leis de diretrizes**, justamente por permitirem a complementação ou pormenorização por regras locais ou regionais.

A questão dos feriados, inequivocamente, envolve, em sua perspectiva inversa, a questão do trabalho ou do direito ao trabalho, ou ainda, o direito ou liberdade de iniciativa.

Neste contexto, não resta dúvida que se trata de matéria que tem sentido **nacional**, pois não se pode admitir que os Estados possam adotar regras ou padrões extremamente díspares e conflitantes entre si ou com o Governo Central. Indispensável, pela própria natureza dos institutos jurídicos afetados (trabalho-iniciativa), mormente em tempos presentes, onde a vida funcional ou laboral das pessoas não mais se circunscreve ao âmbito Estadual, consoante seguinte excerto do parecer ministerial, *in verbis* (f. 172):

> Pela simples leitura do texto normativo transcrito, constata-se que a legislação federal que disciplina a matéria não atribui aos Estados-membros a competência para instituir feriados civis ou religiosos, ao contrário, delimita, expressamente, que apenas lei federal poderá declarar feriado civil, relegando aos Estados unicamente a instituição de um dia para a comemoração de sua data magna e aos Municípios a instituição de feriados religiosos, de acordo com a tradição local.
>
> Frise-se que a competência privativa da União em relação à matéria emerge do fato de que a instituição de feriado guarda estrita pertinência com o direito do trabalho, por implicar na constituição de um direito a mais um dia de descanso remunerado aos trabalhadores, tratando, assim, da própria jornada de Trabalho.

Conclui o eminente Procurador de Justiça que "*destarte, tendo a Lei Estadual n. 3.958, de 31 de agosto de 2010, infringindo o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, eis que invadiu a competência legislativa privativa da União, conclui-se que restou malferido, também, o artigo 1º da Constituição Estadual, padecendo a referida norma de vício formal de inconstitucionalidade*". (f. 174)

Assim, sendo matéria de sentido nacional, válida e eficaz se revela a Lei n. 9.093/95, que, na forma de norma geral, não confere aos Estados quaisquer prerrogativas para, no exercício de competência concorrente

ou suplementar, prever e decretar feriados diversos daqueles declarados em lei federal, bem como a data magna do Estado, fixada em lei estadual. Aos municípios foi franqueada a implantação do feriado comemorativo do centenário do Município e mais quatro feriados religiosos, incluindo o feriado da Paixão.

Consequentemente, o feriado em homenagem à consciência negra, em que pese todo o respeito e consideração que desperta, contraria lei nacional (ilegalidade), invadindo indevida e inconstitucionalmente campo material de lei federal, não se prestando para obstar o trabalho no dia 20 de novembro.

Posto isso, julgo procedente a pretensão formulada na presente ação direita de inconstitucionalidade para reconhecer que a Lei n. 3.958, de 31 de agosto de 2010, não poderá gerar restrições ao trabalho por não se amoldar aos princípios que regem a Constituição Estadual.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (3º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (4º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Josué de Oliveira (5º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Joenildo de Souza Chaves (6º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (9ª Vogal)

De acordo com o voto do relator.

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (10ª Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (11º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (12º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (14º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, REJEITARAM A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM O PARECER ORAL. POR UNANIMIDADE, JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO, COM O PARECER. AUSENTES, POR FÉRIAS, OS DES. HILDEBRANDO E SÉRGIO E, JUSTIFICADAMENTE, OS DES. ATAPOÃ E FERNANDO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Luiz Carlos Santini, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 19 de outubro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.009026-1 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE – NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE DISPÕE ACERCA DE SERVIÇOS NÃO COBERTOS PELO PLANO – CLÁUSULAS CONTRATUAIS CONTRADITÓRIAS E AMBÍGUAS – INTERPRETAÇÃO DE MANEIRA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – ART. 47 DO CDC – RESTITUIÇÃO DE VALORES – DEVIDA – RECUSA INDEVIDA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES EM ARCAR COM OS CUSTOS DE PROCEDIMENTOS NECESSITADOS PELO CONTRATANTE – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, havendo cláusulas contraditórias e ambíguas, elas devem ser interpretadas de modo mais favorável ao consumidor – inteligência do art. 47 do CDC.

É devida a restituição de valores despendidos pelo contratante por procedimentos não excluídos de forma expressa no contrato de plano de saúde.

A recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos de procedimentos necessitados pelo beneficiário caracteriza dano moral, já que tal recusa interfere de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia e aflições.

Nas ações de indenização por danos morais, deve ser observado o critério da razoabilidade, para que o valor arbitrado não seja extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento ilícito, tampouco de valor ínfimo, que não sirva para minimizar a dor resultante do dano causado.

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, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de outubro de 2011.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Unimed Campo Grande Ltda. interpõe apelação cível contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de indenização por danos morais e materiais que lhe move Fausto Macedo de Andrade.

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que, ao contrário do entendimento do juiz singular, existe sim previsão expressa para a ausência de cobertura do procedimento realizado pelo autor, seja no que se refere à cirurgia cardíaca, e cinecoronariografia, seja no que se refere à cobertura de órteses e próteses; que não existiu qualquer subterfúgio com intenção de enganar o consumidor, o que afasta a violação do art. 51 do CDC; que tinha o apelado total conhecimento sobre os procedimentos administrativos que envolvem uma internação hospitalar e a limitação de cobertura, não havendo falar em ofensa ao princípio da boa-fé contratual; que não é devida indenização por danos morais decorrentes de cumprimento de disposição contratual; que o evento danoso não passou de mero dissabor; que deve ser reduzido o *quantum* indenizatório; prequestiona os dispositivos que cita.

Ao final, requer provimento ao recurso.

Contrarrazões, pugnando pelo não conhecimento do recurso, por ausência de assinatura da peça recursal e, no mérito, pelo seu improvimento.

Negado seguimento ao recurso (f. 349-51), foi interposto agravo regimental pelo apelante, tendo este relator exercido o juízo de retratação (f. 364-verso), a fim de determinar o regular prosseguimento do apelo, contra o qual se insurgiu o apelado através de regimental, não tendo sido conhecido seu reclamo, por ausência de previsão legal (f. 375).

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação indenização por danos morais e materiais que Fausto Macedo de Andrade move em face de Unimed Campo Grande Ltda.,

> [...] para condenar a ré a indenizar o autor pelos danos materiais, no valor de R$ 29.929,12 (vinte e nove mil, novecentos e vinte e nove reais, e doze centavos), acrescido de juros e correção monetária pelo IGPM, aqueles a contar da citação, e esta do efetivo desembolso, respeitados os parâmetros fixadas na fundamentação desta sentença, no que se refere à data inicial de incidência da correção monetária; e julgo procedente o pedido de condenação em danos morais, para condenar a ré a indenizar o autor pelos danos morais, no valor de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), acrescido de juros e correção monetária pelo IGPM, aqueles a contar da citação, e esta desta sentença.

A preliminar de não conhecimento do recurso, por ausência de assinatura da peça recursal, suscitada pelo apelado, não merece prosperar.

Isto porque, em se tratando de mera irregularidade formal, o mencionado vício foi devidamente sanado por ocasião do regimental interposto pelo ora apelante, motivo pelo qual, inclusive, este relator exerceu o juízo de retratação (art. 557, § 1°, CPC) da decisão que negou seguimento ao apelo.

Nestes termos, afasto a prejudicial.

No mérito, sustenta a ré Unimed Campo Grande Ltda., ora apelante, que, ao contrário do entendimento do juiz singular, existe sim previsão expressa para a ausência de cobertura do procedimento realizado pelo autor, seja no que se refere à cirurgia cardíaca e cinecoronariografia, seja no que se refere à cobertura de órteses e próteses; que não existiu qualquer subterfúgio com intenção de enganar o consumidor, o que afasta a violação do art. 51 do CDC; que tinha o apelado total conhecimento sobre os procedimentos

administrativos que envolvem uma internação hospitalar e a limitação de cobertura, não havendo falar em ofensa ao princípio da boa-fé contratual; que não é devida indenização por danos morais decorrentes de cumprimento de disposição contratual; que o evento danoso não passou de mero dissabor; que deve ser reduzido o *quantum* indenizatório.

Com efeito, restou comprovado nos autos que o autor, ora apelado, acometido por doença grave – coronariopatia, infarto agudo do miocárdio e ponte miocárdica em DA (f. 32) –, necessitou submeter-se a duas cirurgias em caráter de emergência, cateterismo e agioplastia, com implante de 3 *stents,* em 22 e 24 de agosto de 2007, tendo a prestadora de serviços médico-hospitalar ao qual é conveniado, ora apelante, se negado à cobertura dos serviços, sob o argumento de que seu plano não cobriria os procedimentos realizados.

Entretanto, diversamente do que tenta fazer crer a recorrente, há, sim, previsão contratual de cobertura dos citados procedimentos, consoante se observa do item V.5.1.06 da avença (f. 212-3), sendo manifestamente arbitrária a conduta da ré ao negar custeá-lo, valendo lembrar que o autor sempre cumpriu com a sua obrigação contratual, que é a de pagar mensalmente as parcelas do seu plano de saúde.

A propósito, como muito bem observado pelo magistrado singular na fundamentação de sua sentença (f. 204):

> Não resta dúvida de que o serviço de cardiologia ficou previsto como coberto pelo contrato. E ficou previsto de forma ampla e bastante genérica. Ante a inexistência de qualquer ressalva, todo e qualquer atendimento relativo à cardiologia ficou assegurado.
>
> A questão mais específica diz com a exclusão, feita entre parêntesis, das cirurgias de cardiologia. Portanto, necessário estabelecer o que seria cirurgia de cardiologia, para ficar nos exatos termos do contrato. O contrato não explica, não esclarece. Desse modo, a solução, à luz do Código de Defesa do Consumidor, deve ser amparada pelo princípio da boa fé objetiva dos contratantes.
>
> Não é despropositado dizer que a intenção da contratada, ora ré, era excluir as cirurgias cardíacas. A tanto se equivale a expressão cirurgias de cardiologia. Ora, se cardiologia se refere a atendimentos vinculados ao coração, pretendeu-se excluir as cirurgias do coração. Tanto é assim que na contestação e na auditoria médica feita pela ré, e anexada à contestação (f. 181-3) constou que não houve a contratação do MÓDULO CORAÇÃO, anexo III, e também por isso não faria jus ao procedimento denominado cateterismo (cinecoronariografia), f. 127.
>
> Frise-se, porém, e com destaque, que referido MÓDULO DO CORAÇÃO não foi anexado pela ré. E isso seria pelo menos adequado para se verificar a extensão das limitações feitas no contrato que vincula as partes, em confronto com o tal MÓDULO DO CORAÇÃO. Ademais, no contrato que fundamenta os pedidos não há qualquer ressalva ou referência a esse dito MÓDULO CORAÇÃO. [...].

Desta feita, considerando que o contrato pactuado entre os litigantes se submete ao disposto no Código de Defesa do Consumidor, as aludidas cláusulas devem ser interpretadas de modo mais favorável ao apelado, em face da sua condição de consumidor, nos termos do art. 47 da citada norma, prevalecendo o item 5.1.06 da cláusula V, com a consequente obrigação da recorrente em prestar em favor do contratante atendimento relativo à cardiologia, em especial, as cirurgias.

Neste sentido, aliás, este relator já teve oportunidade de se manifestar, ao analisar situação análoga à dos autos:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE – NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE DISPÕE ACERCA DE SERVIÇOS NÃO COBERTOS PELO PLANO – NÃO VERIFICADA – CLÁUSULAS CONTRATUAIS CONTRADITÓRIAS E AMBÍGUAS – INTERPRETAÇÃO DE MANEIRA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – ART. 47 DO CDC – RESTITUIÇÃO DE VALORES – DEVIDA – RECUSA INDEVIDA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES EM ARCAR COM OS CUSTOS DE PROCEDIMENTOS NECESSITADOS PELO CONTRATANTE – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Não é abusiva a cláusula contratual que não coloca o consumidor em desvantagem exagerada, não é incompatível com a equidade e não restringe direitos fundamentais inerentes à natureza do contrato.
>
> **Nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, havendo cláusulas contraditórias e ambíguas, elas devem ser interpretadas de modo mais favorável ao consumidor – inteligência do art. 47 do CDC.**
>
> **É devida a restituição de valores despendidos pelo contratante por procedimentos não excluídos de forma expressa no contrato de plano de saúde.**
>
> A recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos de procedimentos necessitados pelo beneficiário caracteriza dano moral, já que tal recusa interfere de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia e aflições. (AC n. 2010.026632-4, Quarta Turma Cível, julgado em 28.9.2010).

De igual modo, não prospera a irresignação recursal no tocante ao reembolso dos custos para colocação dos *stents*, que, em seu entender, estariam excluídos por expressa previsão da letra "n" do item 6.3 do contrato, uma vez que este material é uma prótese, que não encontra amparo na cobertura contratual.

Isto porque viola o princípio da boa-fé contratual, é, portanto, abusiva a cláusula contratual que omite, ou veda, o fornecimento de medicamentos e materiais, notadamente em se tratando de meios necessários para a efetividade do procedimento cirúrgico.

Nesse sentido, colham-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> CIVIL. PLANO DE SAÚDE. DESPESAS COM "*STENT*". A previsão contratual para a realização do cateterismo contém em si mesma a autorização para o uso dos meios necessários para a efetividade do procedimento. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 786.283/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 9.10.2007, DJ de 6.11.2007, p. 169).
>
> PLANO DE SAÚDE - ANGIOPLASTIA CORONARIANA - COLOCAÇÃO DE *STENT* - POSSIBILIDADE.
>
> - É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de *stent*, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. (STJ, REsp n. 896.247/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 21.11.2006, DJ de 18.12.2006, p. 399)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DECISÃO QUE CONCEDEU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA COBERTURA PELA UNIMED DE GASTOS DESPENDIDOS POR ASSOCIADO – IMPLANTAÇÃO DE *STENT CYPHER* RECOBERTO COM RAPAMICINA – PLANO DE SAÚDE QUE NÃO

COBRE A UTILIZAÇÃO DE PRÓTESE IMPORTADA – CLÁUSULA EXCLUDENTE DE COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE – CLÁUSULA ABUSIVA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Nos contratos de adesão, a exemplo do contrato de seguro de saúde celebrado com empresas prestadoras de serviços, ocorrido o "sinistro", surge a obrigação de empresa de prestar ao consumidor e a seus familiares, ou dependentes, os serviços contratados, e o fornecimento do material necessário à durabilidade e eficácia do serviço prestado.

A cláusula contratual que omite, ou veda o fornecimento de medicamentos e materiais importados viola o princípio da boa-fé objetiva, sendo, portanto, abusiva e, por conseqüência, nula, uma vez serem estes materiais os que oferecem mais segurança e eficácia ao segurado, no tratamento cardíaco.

Boa-fé objetiva significa uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem causar lesão ou desvantagem excessiva. (TJMS, Ag n. 2003.005093-0, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 1.7.2003).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DENOMINADO *STENT* PARA A REALIZAÇÃO DA CIRURGIA CORONARIANA DA AUTORA – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE NÃO EXCLUI O FORNECIMENTO DESSE MATERIAL – INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE ADESÃO – RELAÇÃO DE CONSUMO – OBRIGAÇÃO RECONHECIDA – RECURSO PROVIDO.

De acordo com os artigos 47 do Código de Defesa do Consumidor e 423 do CC/02, no contrato de adesão as cláusulas devem ser interpretadas em favor do aderente, sobretudo quando a relação jurídica existente entre as partes está subsumida à legislação consumerista.

A partir dessa premissa, afigura-se ilegal a conduta da requerida em se negar a fornecer o equipamento denominado *Stent* para a cirurgia coronariana que a consumidora teve de se submeter, quando não existe expressamente no contrato de prestação de serviços médicos a exclusão desse material. (TJ/MS, AC n. 2003.009547-0, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 22.11.2004).

Assim, é dever da recorrente suportar integralmente as despesas indicadas na exordial, notadamente ante ao direito à vida e à saúde protegidos constitucionalmente e que devem se sobrepor a qualquer outro comando legal. Por essa razão, a sentença deve ser mantida no ponto em que determinou a restituição ao recorrido dos valores gastos com os procedimentos cirúrgicos, inclusive para a implantação dos *stents*.

Ad argumentandum tantum, não há falar em desequilíbrio econômico, pois, tendo em vista a longa vigência do contrato, é certo que ele já proporcionou razoável retorno financeiro à recorrente Unimed, impondo-se, dessa maneira, que o apelado usufrua integralmente dos serviços que necessitava, até porque, sopesando os interesses de ambas as partes, a lesão que supostamente poderia ser causada à estrutura econômica da cooperativa seria ínfima em face da gravidade da lesão à saúde da parte que, repita-se, estava acometida por doença grave que poderia levá-la a óbito se não fosse adequadamente tratada.

Quanto aos danos morais, afirma a recorrente que o simples descumprimento de cláusulas contratuais não tem o condão de gerar o dano, configurando, no máximo, mero dissabor ou aborrecimento.

Impende registrar que, em regra, o descumprimento contratual não configura dano moral, já que não há violação aos direitos da personalidade.

Contudo, neste caso particular, por se tratar de direitos indisponíveis, a saber, direito à vida e à saúde de um ser humano, a recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos com o tratamento da patologia acometida pelo beneficiário caracteriza dano moral, com o consequente dever de indenizar, pois é evidente que tal recusa interfere de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia e aflições. Aliás, esse é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> Direito Civil. Recurso especial. Plano de saúde. Cirurgia bariátrica. Recusa indevida. Dano moral. Cabimento.
>
> **- 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. (STJ, REsp n. 1054856/RJ, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 5.11.2009) – destacamos.

Assim sendo, levando em consideração que o dano moral restou configurado, resta analisar se o *quantum* ora arbitrado pelo julgador monocrático, em R$ 45.000,00, apresenta-se exagerado e desproporcional à lesão causada.

Como é cediço, não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o arbitramento a título de indenização por danos morais, sendo uma questão subjetiva que deve apenas obedecer a alguns critérios estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante em cometer futuros atentados.

Carlos Alberto Bittar destaca a importância do caráter punitivo da indenização por danos morais, dizendo:

> [...] a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser a quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante. (**Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: RT, 1993. p. 233).

Sobre a matéria, esta Corte já decidiu que:

> DANO MORAL – CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUIZ SEGUNDO O CASO CONCRETO.
>
> A fixação do valor da indenização por dano moral fica adstrita ao prudente arbítrio do juiz, que, segundo o caso concreto, fixará o valor correspondente, de modo a prestigiar, concomitantemente, o aspecto compensatório, que essa verba deve produzir em relação ao lesado, o qual deve ser aliado ao caráter sancionatório do lesante e ao inibitório dos demais integrantes da sociedade, sem, contudo, provocar o enriquecimento sem causa da vítima. (AC n. 2003.008512-2, Rel Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, DJ de 30.9.2003).

Rui Stoco (*in* **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 1030) traz algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:

> a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;
>
> b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
>
> c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;
>
> d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;
>
> e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério 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.

Ante a tudo que foi demonstrado, observando os precedentes judiciais e examinando as peculiaridades do caso em tela, com a atenção voltada à capacidade econômica das partes e ao caráter pedagógico da medida, entendo que a indenização por danos morais deve ser reduzida para o patamar de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), quantia esta que reputo suficiente para compensar dignamente o sofrimento suportado pelo autor, ora recorrido, sem que se caracterize o enriquecimento ilícito.

No que se refere ao prequestionamento, sabe-se que não há necessidade de manifestação expressa do julgador sobre cada artigo prequestionado, visto que as matérias neles invocadas já foram devidamente apreciadas quando da análise do apelo.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 602.477/RJ, do qual foi relator o ilustre Ministro Teori Albino Zavascki, manifestou entendimento: *"Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta"*.

Ante o exposto, conheço o recurso e dou-lhe parcial provimento para reduzir o *quantum* indenizatório por dano moral para o patamar de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), mantendo-se o *decisum* em seus demais termos.

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. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Ruy Celso Barbosa Florence e Josué de Oliveira.

Campo Grande, 18 de outubro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.027175-1 - Três Lagoas
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA DE VEÍCULO EM EXECUÇÃO FISCAL – CERTIFICADO DE REGISTRO E LICENCIAMENTO NO NOME DA EMBARGANTE – PROVA DA PROPRIEDADE E PRESUNÇÃO DA POSSE – PENHORA DESCONSTITUÍDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Aquele em nome de quem está registrado e licenciado o veículo é o seu proprietário, e até que se prove o contrário, presume-se deter a posse do bem.

Nos termos do art. 333, II, incumbe ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito da embargante.

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, 18 de outubro de 2011.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Município de Três Lagoas, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas que julgou procedente o pedido formulado nos autos dos embargos de terceiro movidos por Neide Fonseca da Silva, interpõe recurso de apelação, alegando, em síntese, que deve ser mantida a penhora sobre o veículo, diante da inexistência de elementos que comprovem o empréstimo do bem ao executado, ônus este do qual não se desincumbiu a recorrida, não bastando para desconstituição da penhora tão somente a apresentação do registro no Detran. Pugna, assim, pela reforma do *decisum,* com a com inversão do ônus da sucumbência.

A apelada, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de recurso de apelação manejado pelo Município de Três Lagoas, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas que julgou procedente o pedido formulado nos autos dos embargos de terceiro movidos por Neide Fonseca da Silva.

Como relatado, o recorrente alega que deve ser mantida a penhora sobre o veículo, diante da inexistência de elementos que comprovem o empréstimo do bem ao executado, ônus este do qual não se desincumbiu a recorrida, não bastando para desconstituição da penhora tão somente a apresentação do registro no Detran. Pugna, assim, pela reforma do *decisum,* com a com inversão do ônus da sucumbência.

Sem razão a súplica.

O artigo 1.046 do CPC dispõe que: *"quem, não sendo parte no processo sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos."*

O professor Marcelo Abelha Rodrigues assim explica a situação que dá azo à medida judicial:

> A grande verdade é que, tendo a execução civil um caráter patrimonial, ou seja, recaindo a execução sobre o patrimônio do executado, o normal e esperado é que o seu patrimônio responda pelo não-cumprimento da obrigação ou do dever legal ao qual estava submetido. Por isso, é com esse desiderato, de satisfazer um direito reconhecido em título judicial (interinal ou definitivo) ou extrajudicial, que o Estado-juiz impõe medidas constritivas sobre o patrimônio do responsável. Entretanto, é possível que tal ato constritivo sobre o patrimônio não recaia – como deveria – sobre o patrimônio do responsável, mas sim de um terceiro, alheio à relação jurídica processual. Nesses casos, tem-se um desbordamento indevido do ato judicial, e, como tal, poderá o terceiro utilizar-se de técnica de embargos de terceiro para livrar o seu bem ou seu direito da referida constrição judicial. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Execução Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 608).

Depreende-se da conceituação acima exposta que a medida tem o fito de impedir que o patrimônio de terceiro não devedor, e estranho à lide, responda pelo cumprimento da obrigação imposta ao executado.

No caso sob exame, a controvérsia cinge-se no fato de saber quem é o real proprietário do veículo objeto de penhora nos autos da Execução Fiscal n. 021.04.003170-6.

Como sabido, a transferência da propriedade dos bens móveis se perfectibiliza com a simples tradição (art. 1226 do Código Civil). Por isso, a presunção de propriedade de veículo, refletida do registro no Detran é relativa, passível de afastamento através de prova da posse por quem não consta como titular do domínio.

Pelas provas acostadas aos autos, ficou assente que, de acordo com a documentação constante no Detran, a recorrida é, de fato, a proprietária do veículo, objeto da penhora. Assim, até que se prove o contrário, presume-se deter a posse do bem.

No caso em tela, o município recorrente, embora tenha alegado posse do bem pelo executado, não comprova tal situação, ônus que lhe competia, nos termos do art. 333, II, do CPC, uma vez que a ele incumbia a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito da embargante.

Ademais, como bem assentou a magistrada de primeiro grau, "*[...] há ainda que destacar que fora oportunizada a produção de provas do embargado, mas este nada requereu (f. 42). Em outros termos, não comprovou que o veículo penhorado permanece durante todo o dia na posse do executado e que este fraudou a execução."*

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Diante do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Ruy Celso Barbosa Florence e Josué de Oliveira.

Campo Grande, 18 de outubro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.026044-2 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – PEDIDO DE REATIVAÇÃO INSCRIÇÃO ESTADUAL – PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO – *SUB JUDICE* – PROVA DA REGULAR POSSE DO IMÓVEL ARRENDADO – AFRONTA AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SENTENÇA REFORMADA – ORDEM CONCEDIDA.

Há ofensa a direito líquido e certo do impetrante, se este comprova a posse regular do imóvel objeto do pedido de revalidação da inscrição estadual, nos termos do artigo 24, inciso II, letra "i", do Regulamento do ICMS (Decreto Estadual n. 9.203/98), é, portanto, ilegal o ato da autoridade fazendária que, para tal revalidação, exige documento de anuência do proprietário do bem quanto à prorrogação do respectivo contrato de arrendamento, estando este *sub judice.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator; decisão com o parecer.

Campo Grande, 25 de outubro de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

José Reinaldo Pavan interpõe recurso de apelação cível, irresignado com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos do mandado de segurança que impetra em desfavor do Superintendente de Administração Tributária do Estado de Mato Grosso do Sul e do Estado de Mato Grosso do Sul, denegou a ordem pretendida e condenou, por conseguinte, o impetrante ao pagamento das custas processuais.

Afirma que mantém a posse direita do imóvel e exerce exploração da atividade agropecuária, não se podendo negar a existência de direito líquido e certo que tem de exercer a atividade econômica lícita (exploração pecuária) até o advento da decisão que resolver a lide instaurada entre arrendante-arrendatário.

Salienta que o artigo 24, inciso II, do Anexo IV, do Decreto Estadual n. 9.203/98 não restringe a prova da posse à apresentação do instrumento contratual, visto que o inciso II, letra "i", desse artigo admite expressamente, como documentos suficientes para os fins nela previstos, outros que comprovem a posse.

Insiste que a posse da área de terras pelo impetrante, ora apelante, é incontroversa, transmitida a ele através de contrato de arrendamento e, implicatamente, reconhecida pelo arrendante ao propor perante

o Juízo de Direito da 9ª Vara Cível desta Capital a ação de reintegração de posse noticiada na petição inicial, objeto da reconvenção, visando ao pronunciamento judicial acerca da vigência do contrato de arrendamento.

Assinala que a impetração do presente *writ* é exatamente para que, enquanto não for solucionada aquela ação judicial acerca de renovação do contrato de arrendamento, não lhe imponha obstáculo ao direito de continuar a exercer a atividade econômica e o trabalho lícito.

Entende que a atitude do apelado fere os princípios constitucionais estampados no artigo 5°, inciso XII, e 170, parágrafo único, ambos da Constituição Federal.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso para, reformando a r. sentença, conceder a segurança para afastar o ato coator.

As contrarrazões ao recurso foram ofertadas pelo Estado de Mato Grosso do Sul às f. 183-90 destes autos, nas quais pugna pelo improvimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 198-2, opina pelo provimento da apelação cível.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por José Reinaldo Pavan contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos do mandado de segurança que impetra em desfavor do Superintendente de Administração Tributária do Estado de Mato Grosso do Sul e do Estado de Mato Grosso do Sul, denegou a ordem pretendida e condenou, por conseguinte, o impetrante ao pagamento das custas processuais.

Tenho que procede a súplica recursal.

Como sabido, a finalidade do mandado de segurança é a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (art. 5.º, inciso LXIX, da CF e Lei n. 12.016/2009).

A Lei do Mandado de Segurança, em seu artigo 1º, preceitua que "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito liquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça*".

De acordo com Hely Lopes Meirelles[1]: "*Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça"*.

Dessa forma, cabe mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, ou seja, direito comprovado de plano, visto que inexiste a fase probatória. E, diferentemente do que entendeu juiz singular, a ordem pleiteada pelo apelante deve ser concedida, pois o seu direito líquido e certo restou demonstrado com os documentos trazidos aos autos.

1 in **Mandado de Segurança**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.

No caso, infere-se da exordial que o apelante impetrou o presente *writ* no intuito de obter o exame de seu pedido de renovação da Inscrição Estadual de Produtor Rural, porquanto a autoridade impetrada, Superintendente de Administração Tributária do Estado de Mato Grosso do Sul, condicionou a revalidação dessa inscrição à apresentação de documento que contenha a anuência do proprietário do imóvel "Fazenda Maravilha", quanto à prorrogação do contrato de arrendamento rural existente entre este e o apelante.

Ocorre que, conforme documentos de f. 16-69, o apelante está na posse e exploração da área de terra denominada "Fazenda Maravilha", objeto do contrato de arrendamento rural de f. 13-5, ainda em vigor, o qual é discutido judicialmente, mediante ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e cobrança de arrendamento e indenização de perdas e danos (Autos n. 001.10.041320-0), na qual, inclusive, o recorrente, em sede de reconvenção, discute a anuência do autor da demanda e arrendante, Sr. Luiz Antônio Saboya, quanto à prorrogação do referido instrumento contratual.

É de ressaltar que a existência dessa pendência judicial não é óbice à reativação da inscrição estadual do recorrente, na qualidade de produtor rural, visto que, para que esta inscrição seja deferida, basta a prova da posse do imóvel em lume, o que resta evidente nos autos ante os documentos acima.

Sobre a questão em apreço, vejamos o que prescreve o artigo 24, inciso II, alínea "i", do Anexo IV, do Regulamento do ICMS (Decreto Estadual n. 9.203/98), *in verbis:*

> Art. 24. Ao protocolizar a DAP, o contribuinte apresentará, para conferência dos dados nela constantes:
>
> [...]
>
> II – sendo pessoa física, o documento oficial de identidade, a prova da inscrição no CPF/ME (Cadastro de Pessoas Físicas/Ministério da Economia) e um dos seguintes documentos de domínio, posse ou direito de uso da área de terras objeto do pedido de inscrição:
>
> contrato de promessa de compra e venda;
>
> escritura definitiva de compra e venda;
>
> contrato de usufruto;
>
> formal de partilha;
>
> carta de adjudicação;
>
> sentença declaratória de usucapião;
>
> carta de aforamento ou enfiteuse;
>
> certidão de cartório de registro de imóveis;
>
> outros que comprovem a posse;
>
> contrato de arrendamento, parceria ou comodato rurais;
>
> outro que autorize a utilização da área de terras.

Ressalta-se, de outro lado, que não há notícia nos autos de que, no âmbito da ação de rescisão contratual, haja prolação de decisão reintegrando o arrendante e proprietário na "Fazenda Maravilha", o que demonstra que recorrente está explorando ainda essa área de terra.

Portanto, merece censura e deve ser acoimado de ilegal o ato praticado pelo Superintendente de Administração Tributária do Estado apelado, que, para renovação da inscrição da inscrição estadual do recorrente, exigiu a apresentação de documento que contenha anuência do proprietário da área de terra em questão quanto à prorrogação do mencionado contrato de arrendamento, consoante f. 73 destes autos.

Acresce-se, por oportuno, que o ato praticado pelo apelado é, indubitavelmente, gravoso ao recorrente, visto que, sem a referida inscrição estadual, não pode esse exercer sua atividade pecuária, ficando, por exemplo, impedido de emitir notas fiscais para a negociação do gado, o que coloca em risco a sua subsistência e a continuidade da exploração dessa atividade.

Aliás, a Constituição Federal, em seu artigo 170, § 1°, estabelece que o exercício de atividade econômica só pode ser limitada por lei. Por outro lado, o Poder Público não tem o poder de obstar a atividade de empresa, na busca de se apurar a assiduidade fiscal da empresa antecessora.

Destarte, havendo prova documental da regular posse desse imóvel pelo apelante, não impedimento à reativação da inscrição estadual deste, porquanto presente o direito líquido e certo desse recorrente de continuar exercendo a atividade agropecuária no imóvel arrendado, enquanto não solucionada a questão referente à prorrogação do contrato de f. 13-5, no âmbito da citada ação de rescisão.

Nesse sentido, veja-se o entendimento deste Tribunal de Justiça em casos análogos, *in verbis:*

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – RECUSA DE FORNECIMENTO DE INSCRIÇÃO ESTADUAL COMO FORMA DE COAGIR O CONTRIBUINTE AO PAGAMENTO DE DÉBITOS FISCAIS – EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO – SEGURANÇA CONCEDIDA – PEDIDO DE BAIXA DA INSCRIÇÃO ESTADUAL DA EMPRESA ANTECESSORA – AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO PEDIDO – DEFESA DO DIREITO ALHEIO – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL – SEGURANÇA CONCEDIDA.
>
> O exercício de atividade econômica só pode ser limitada por lei, não tendo, o poder público, o poder de obstaculizar a atividade de empresa por ser credor da mesma.
>
> Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. (Súmula n. 547 do STF). Segurança Concedida. (MS n. 2010.024104-7, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 27.9.2010, DJ de 30.9.2010) - Grifei.
>
> EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO ESTADUAL – SÚMULAS N. 70 E N. 547 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AFRONTA AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (TJMS, RS n. 2009.021131-8, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, julgado em 15.10.2009, DJ de 21.10.2009).

Diante dessas razões, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, de acordo com o parecer ministerial, conceder a segurança pleiteada, a fim de afastar a exigência do despacho administrativo lançado no Processo n. 11/043939/2010, referente à apresentação de anuência do proprietário do bem arrendado quanto à prorrogação do contrato de arrendamento de f. 13-5, determinando, por conseguinte, que a autoridade apontada como coatora – Superintendente de Administração Tributária do Estado de Mato Grosso do Sul e Estado de Mato Grosso do Sul – examine o pedido do apelante de revalidação de sua inscrição estadual na qualidade de produtor rural com fundamento na comprovação da posse da área de terra arrendada por este impetrante.

Declaro extinto o feito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, condenando o Estado ao ressarcimento das despesas processuais adiantadas pelo impetrante, ora recorrente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, João Batista da Costa Marques e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 25 de outubro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.026681-5 - Três Lagoas
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – *ROYALTIES* RECEBIDOS PELO MUNICÍPIO – EXPLORAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS – GERAÇÃO DE ENERGIA – NATUREZA INDENIZATÓRIA – ENTRADA PERMANENTE DE DINHEIRO QUE DEVE INTEGRAR O DUODÉCIMO REPASSADO À CÂMARA MUNICIPAL – RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDO E SENTENÇA RATIFICADA.

Agiu com acerto o magistrado da causa ao fundamentar que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar, uma vez que, conforme previsto na Lei n. 755/2010, Lei de Diretrizes Orçamentárias do Município de Selvíria, o cálculo para chegar ao valor total a ser repassado ao Legislativo é feito pela somatória de toda a receita corrente líquida da municipalidade, ou seja, valores recebidos pelas transferências constitucionais, ressarcimentos tributários, compensações financeiras, bem como aqueles oriundos da receita tributária.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator; decisão com o parecer.

Campo Grande, 25 de outubro de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Município de Selvíria, inconformado com a decisão do Juiz da Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, que concedeu a liminar no Mandado de Segurança impetrado pela Câmara Municipal de Selvíria, recorre para este Tribunal.

Aduz que o fato de a compensação financeira ingressar nos cofres públicos continuamente não a transforma em tributo, mesmo porque o próprio nome a caracteriza como compensação e não tributo, portanto não se trata de direito, de receita tributária.

Ainda que considere como receita tributária a respectiva compensação financeira, não se encontra prevista no art. 29-A da CF.

Sustenta que, apesar de a compensação financeira e contribuição de melhoria ingressarem nos cofres públicos em forma de dinheiro, não podem ser consideradas impostos municipais nem transferências, sobre os quais, sim, incide a base de cálculo para o repasse à Câmara.

Ao final, requer o provimento do recurso, para reformar a sentença do juiz de primeiro grau, devendo denegar a segurança, declarando que a compensação financeira, bem como a contribuição de melhoria da iluminação pública não deve integrar a base de cálculo do duodécimo repassado à Câmara Municipal de Selvíria.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 189-200), manifestando pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Município de Selvíria, inconformado com a decisão do Juiz da Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, que concedeu a liminar no Mandado de Segurança impetrado pela Câmara Municipal de Sélviria, recorre para este Tribunal.

Aduz que o fato de a compensação financeira ingressar nos cofres públicos continuamente não a transforma em tributo, mesmo porque o próprio nome a caracteriza como compensação e não tributo, portanto não se trata de direito, de receita tributária.

Ainda que considere como receita tributária a respectiva compensação financeira, não se encontra prevista no art. 29-A da CF.

Sustenta que, apesar de a compensação financeira e contribuição de melhoria ingressarem nos cofres públicos em forma de dinheiro, não podem ser consideradas impostos municipais nem transferências, sobre os quais, sim, incide a base de cálculo para o repasse à Câmara.

Enfatizou o magistrado que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar, uma vez que, conforme previsto na Lei n. 755/2010, Lei de Diretrizes Orçamentárias do Município de Selvíria, o cálculo para chegar ao valor total a ser repassado ao Legislativo é feito pela somatória de toda a receita corrente líquida da municipalidade, ou seja, valores recebidos pelas transferências constitucionais, ressarcimentos tributários ou compensações financeiras, bem como aqueles oriundos da receita tributária.

Tenho que a sentença deve ser mantida em todos seus fundamentos.

Vejamos.

A questão submetida ao crivo desta Corte Julgadora reside em saber se as verbas provenientes dos *royalties* da compensação financeira pagas ao Município de Selvíria pela Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira e da contribuição de melhoria da iluminação pública devem ou não ser inclusas na base de cálculo do duodécimo repassado à Câmara Municipal.

O art. 20, § 1º, da Constituição Federal assegurou aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar território, plataforma continental, mar territorial ou zona

econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração, sendo a matéria regulamentada pela Lei n. 7.990/89.

Com efeito, tratando-se de uma compensação dos prejuízos causados pela exploração dos recursos minerais, possuem os denominados *royalties* natureza de indenização, constitui, portanto, entrada permanente de dinheiro no erário público municipal, e, via de consequência, receita corrente patrimonial que deve integrar o duodécimo para todos os efeitos legais.

Aliás, à luz desse entendimento, o Tribunal de Contas do Estado editou a Súmula n. 4: *"TC/MS n. 4: Créditos provenientes de Royalties. Natureza Permanente e constante de previsão orçamentária. Cálculo do duodécimo devido à Câmara Municipal."*

Neste sentido também tem sido o posicionamento deste Tribunal sobre o tema:

> REEXAME NECESSÁRIO – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – *ROYALTIES* RECEBIDOS PELO MUNICÍPIO – RECURSOS MINERAIS – INTEGRAM A DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA – REPASSE – ARTIGO 168 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSOS PROVIDOS. Os *royalties* da compensação financeira pelo resultado da exploração dos recursos minerais possuem natureza de indenização, constituindo, por conseguinte, entrada de dinheiro no cofre público, ou seja, receita corrente patrimonial, de modo que integram o duodécimo repassado para a Câmara Municipal, conforme a dotação orçamentária prevista na lei municipal, sob pena de inviabilizar seu funcionamento, conforme dispõe o artigo 168 da Constituição Federal. (TJMS, AC n. 2006.004195-6, Corumbá, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 12.6.2006).

> APELAÇÃO CÍVEL – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR – VIA INADEQUADA – MÉRITO – CÂMARA MUNICIPAL – REPASSE DE DUODÉCIMO A MENOR – *ROYALTIES* RECEBIDOS PELO MUNICÍPIO – EXPLORAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS – GERAÇÃO DE ENERGIA – NATUREZA INDENIZATÓRIA – INTEGRAM A DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA – REPASSE – ARTIGO 168 DA CF – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSOS IMPROVIDOS – SENTENÇA MANTIDA. [...]. Os *royalties* da compensação financeira pelo resultado da exploração dos recursos hídricos do Município possuem natureza indenizatória, constituindo, por conseqüência, entrada permanente de dinheiro no erário municipal, ou seja, receita corrente patrimonial, devendo integrar o duodécimo repassado ao Legislativo Municipal, conforme previsto na dotação orçamentária prevista na lei municipal, sob pena de comprometer a independência dos Poderes, conforme disposto no art. 168 da Constituição Federal. (TJMS, AC n. 2003.013505-7, Mundo Novo, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 26.9.2006).

Observa-se que a Lei Municipal n. 762/2010 (Estima receita e Fixa a Despesas do Município de Selvíria para o Exercício Financeiro de 2011), f. 35-9, prevê no seu art. 4º, parágrafo único, o seguinte:

> Art.4º.
>
> Parágrafo Único. **O duodécimo repassado mensalmente ao Poder Legislativo** nos termos do art.29-A, com as alterações da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, **terá como base as receitas previstas e discriminada na Lei n. 755**, de 18 de novembro de 2010 que será objeto de previsão orçamentária obrigatória, **identificadas sob o título de receitas correntes, em razão de seu caráter permanente,** observadas as disposições da Lei Federal n. 4.320/64. (destaquei)

No mesmo sentido a Lei n. 755/2010 (Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2011), f. 40-54, em seus artigos 17,§ 3º, e 20, assenta que:

> Art. 17. No projeto de Lei Orçamentária Anual, as Receitas e Despesas serão Orçadas de acordo com a variação monetária prevista para o exercício de sua vigência, levando-se em consideração os índices de crescimento do último exercício, as tendências de recursos para aquele ano, os serviços públicos necessários, e, inclusive, as revisões tributárias decorrentes da Legislação a vigorar naquele exercício e a Legislação Federal superveniente.
>
> § 3º **As receitas provenientes de** preço público municipal e ressarcimento tributário ou **compensação financeira de qualquer natureza**, recebidas de outras entidades ou esfera de governo, **deverão ser objeto de previsão orçamentária obrigatória, identificadas sob o título de receitas correntes, em razão de seu caráter permanente**, observadas as disposições da Lei Federal n. 4.320/64. (destaquei)
>
> Art. 20. Fica estipulado o percentual de 7% (sete por cento) da **receita correntes líquida do município, compreendendo receita tributária, transferências constitucionais da União e dos Estados e ressarcimento tributário ou compensação financeira de qualquer natureza,** recebidas de outras entidades ou esfera do governo, conforme o art. 158 e 159 da Constituição Federal, em obediência ao que preceituam as Emendas Constitucionais n. 25 de 14 de fevereiro de 2000 e n. 58, de 23 de setembro de 2009, para elaboração da proposta orçamentária da Câmara Municipal. (destaquei)

Como se vê, a LDO e a LOM, elaboradas em 2010 para o exercício financeiro de 2011, vieram corrigir a omissão existente nas leis municipais orçamentárias anteriores (art. 48, § 1º, da Lei n. 709/09), que não faziam qualquer ressalva quantos às receitas que deveriam ser consideradas para fim de repasse do duodécimo, referindo-se apenas ao total de receita arrecada, que dava margem a entendimentos divergentes, muito embora permitisse entender que deveriam ser consideradas todas as receitas orçamentárias do município, não apenas as receitas tributárias.

Contudo, agora, resta afastada a dúvida de que as receitas públicas provenientes de compensação tributária, assim como as receitas tributárias propriamente ditas, devem integrar a base de cálculo do duodécimo a ser repassado ao Poder Legislativo, havendo referência das sobreditas leis orçamentárias municipais neste sentido.

Sendo a contribuição de melhoria para expansão da rede de iluminação pública (1.1.3.0.02.00.00.00) integrante da receita tributária do Município de Selvíria, imperioso é seu repasse à Câmara Municipal de Selvíria.

Nesse sentido, veja-se a jurisprudência:

Tratando-se de uma compensação dos prejuízos causados pela exploração dos recursos minerais, possuem os denominados *royalties* natureza de indenização, constituindo, portanto, entrada permanente de dinheiro no erário municipal, e, via de consequência, receita corrente patrimonial que deve integrar o duodécimo repassado à Câmara Municipal. (AC n. 2011.022741-1, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 21.9.2011).

Em face do exposto, com o parecer, conheço do recurso interposto pelo Prefeito Municipal de Selvíria e nego-lhe provimento. Em sede de reexame necessário, ratifico em todos os seus termos a sentença de f. 156-62.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR; DECISÃO COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, João Batista da Costa Marques e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 25 de outubro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.028081-5 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS PAGAS C/C PEDIDO DE DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADO – PLANO DE SAÚDE – UNIMED – CONTRATO – ÁREA REGIONAL – INFARTO – TRATAMENTO CORONARIANO REALIZADO FORA DA ÁREA DE ABRANGÊNCIA – ALTO CUSTO – PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA-EMERGÊNCIA – CLÁUSULA ABUSIVA E NULA – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR – *PACTA SUNT SERVANDA* – LIMITAÇÃO DE SUA UTILIZAÇÃO – OBRIGATORIEDADE DO PLANO DE SAÚDE EM COBRIR AS DESPESAS – NÃO OCORRÊNCIA DE DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL – RECURSO IMPROVIDO.

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 quando o conjunto probatório indica que não é necessário fazê-lo, devendo, assim, ser afastada a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

É considerada abusiva e nula a cláusula que prevê a não autorização de atendimentos em hospitais fora da área regional de atuação da Unimed e de serviços classificados de alto custo, isto ante os termos do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo procedimento de urgência/emergência a cirurgia coronariana e procedimentos dele decorrentes, é obrigação da prestadora de serviço de saúde cobrir as despesas do tratamento indicado, considerando o risco de vida da paciente, ainda que os serviços médicos sejam de alto custo e prestados fora da abrangência da cobertura regional.

O contrato de seguro cria um direito absoluto que é a preservação da vida acima de restrições de qualquer natureza, inclusive, contratual.

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, 4 de outubro de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico – interpõe recurso de apelação cível, inconformada com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande

que, nos autos da ação de restituição de quantias pagas c/c pedido de danos morais que lhe promove Sidney Nunes Leite, resolveu o mérito nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgando procedente o pedido para condenação da ré ao pagamento da quantia de R$ 114.914,73 (cento e quatorze mil, novecentos e quatorze reais e setenta e três centavos), referente ao ressarcimento integral das despesas médicas realizadas pelo autor durante o período de 24 de outubro de 2010 a 10 de novembro de 2010. Esse valor deverá ser atualizado monetariamente pelo IGP-M/FGV a partir do desembolso e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação (4 de fevereiro de 2011 – f. 102); bem como improcedente o pedido de indenização por danos morais, e, ante o fato de o autor ter decaído de parte mínima de seu pedido, condenou a ré, nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC, ao pagamento integral das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, estes fixados na quantia correspondente a 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Argui preliminar de nulidade da sentença ante o cerceamento de defesa decorrente do encerramento prematuro do feito, impedindo a produção de provas expressamente requeridas por ela, gerando lacunas que refletiram no julgamento proferido.

No mérito, afirma que o apelado é beneficiário de um plano empresarial não regulamentado, firmado entre a Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul e a Unimed Campo Grande, sendo que a associação discutiu inteiramente a opção de adaptar seu contrato à nova legislação, sendo que só no ano de 2009 é que entabulou um contrato regulamentado, sem cancelar o contrato antigo.

Salienta que nunca existiu solicitação de atendimento em São Paulo, inclusive, como constou do parecer de Auditoria Médica de f. 163-4, sendo que o apelado por livre opção providenciou a sua internação em hospital de alto custo fora da rede básica de intercâmbio integrante do Sistema Nacional Unimed, sendo que o recorrido buscou atendimento fora dos critérios estabelecidos pelo contrato.

Destaca que o parecer anexado aos autos é claro ao informar que o apelado possuía a sua disposição hospitais como o Santa Helena, Incor, Hospital São Paulo e outros, não se podendo falar em recusa de tratamento.

Consigna que, sem os documentos que foram requeridos e que deveriam ter sido apresentados pelo apelado na instrução, não se sabe sequer se os médicos que o assistiram eram cooperados ou credenciados.

Ressalta que não se pode alegar urgência, já que vislumbramos uma evolução de internação do apelado, que foram totalmente cobertas, desde o dia 10 de outubro de 2010 até a opção particular de familiares por Hospital de alto custo.

Considera que a leitura das cláusulas contratuais não é ambígua ou contraditória, sendo que a liberdade de contratar entre a Amansul e a Unimed foi devidamente resguardada e validada em razão e nos limites da função social do contrato, prevista no artigo 422 do Código Civil, verificando-se o respeito à autonomia privada, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual e atende às exigências do bem comum, preservando os interesses legais de toda a coletividade de beneficiários da Unimed.

Complementa que o contrato em exame está em perfeita consonância com estes princípios gerais norteadores do direito contratual, portanto deve ser ele preservado, submetendo-o ao *pacta sunt servanda.*

Aponta que não lhe pode ser imposto o ônus de provar a saúde de forma ampla, geral e irrestrita, tratando-a como se ente estatal fosse.

Prequestiona os artigos 1°, incisos III e IV, 3°, incisos I e IV, 5°, incisos II, XXXII, XLI, XXXV, XXXVI, LIV e LV; 6°; 19, inciso III; 37, § 6°; 60, § 4°; 93, inciso IX; 170, incisos V e VII; 193; 194; 195;

196; 197; 198; 199; 200; 201; 202 e 230, estes da Constituição Federal, bem como os artigos 70, inciso III; 130, 131, 273; 330, inciso I; 368; 373 e seu parágrafo único; 397; 398; 400; 420 e 427 e 461, estes do Código de Processo Civil; artigos 422 a 424 do Código Civil; artigo 40 do Código de Processo Civil; artigos 97, 98, 100, 181 e 182 do Código Penal; artigos 2°, 3°, 4°, 6°, 14, 47, 51, 53 e 54, todos da Lei n. 8.078/90; Resolução CFM n. 1246, artigos 16 e 21; Resolução n. 3 do Consu, artigos 2°, 4°, 10 e 11; Lei n. 9.961/2000, artigos 1°, 3° e 4°; artigos 1°, 10, incisos II e VII, 12, inciso V, alínea 'c", 25 a 27, 29, 35 de A até M e 36, estes da Lei n. 9.656/98.

Ao final, requer seja conhecido e provido o presente recurso para acolher a preliminar arguida, retornando os autos à primeira instância, com a determinação de juntada pelo apelado dos documentos requeridos na contestação, prosseguindo o feito nos seus ulteriores termos e, no mérito, a reforma da sentença combatida no que se refere à condenação de reembolso e, alternativamente, que sejam aplicadas ao caso as regras de custo operacional ou que o reembolso seja limitado aos valores praticados pela apelante na sua rede credenciada, valor este que deve ser apurado em liquidação de sentença.

As contrarrazões ao recurso foram ofertadas pelo apelado às f. 287-300 destes autos.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pela Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico – contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de restituição de quantias pagas c/c pedido de danos morais que lhe promove Sidney Nunes Leite, resolveu o mérito nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgando procedente o pedido para condenação da ré ao pagamento da quantia de R$ 114.914,73 (cento e quatorze mil, novecentos e quatorze reais e setenta e três centavos), referente ao ressarcimento integral das despesas médicas realizadas pelo autor durante o período de 24 de outubro de 2010 a 10 de novembro de 2010. Esse valor deverá ser atualizado monetariamente pelo IGP-M/FGV a partir do desembolso e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação (4 de fevereiro de 2011 – f. 102); bem como improcedente o pedido de indenização por danos morais, e, ante o fato de o autor ter decaído de parte mínima de seu pedido, condenou a ré, nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC, ao pagamento integral das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, estes fixados na quantia correspondente a 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Aprecio, de início, a preliminar de nulidade da sentença arguida pela apelante sob o argumento de ocorrência de cerceamento de defesa.

Não procede a preliminar.

Com efeito, verifica-se deste feito que a matéria discutida nos autos é exclusivamente de direito, razão pela qual é desnecessária a dilação probatória para produção de outras provas, além da documental já existente nos autos.

Dessa sorte, incide na hipótese o artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, norma que permite ao juiz singular conhecer diretamente do pedido, proferindo desde logo a sentença, quando, como no caso, a questão de mérito for unicamente de direito.

Sobre a questão, veja-se o maciço entendimento jurisprudencial, *in verbis:*

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. NÃO ACOLHIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. EXAME DAS RAZÕES DO INDEFERIMENTO. ENUNCIADO SUMULAR N. 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. 'A decisão judicial, que, motivada pela existência de outras provas e elementos de convicção constantes dos autos, considera desnecessária a realização de determinada diligência probatória e julga antecipadamente a lide, não ofende a cláusula constitucional da plenitude de defesa. Precedentes' (STF, AgReg 752.176/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19.11.2009). 2. Inviável, em sede de recurso especial, perquirir as razões motivadoras do indeferimento da prova pelo julgador. Incidência do verbete sumular n. 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (AgReg no REsp n. 1092657/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 22.3.2011, DJ de 12.4.2011) - grifo nosso.
>
> EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO – JULGAMENTO ANTECIPADO – INDEFERIDA PROVA TESTEMUNHAL – ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE – DEVER DO MAGISTRADO DE PROFERIR DECISÃO – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO – IMPERÍCIA OU DESCASO DO ADVOGADO – PROVIDÊNCIAS DISCIPLINARES JUNTO Á OAB – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> 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. [...]. (TJMS, AgReg em AC n. 2011.025034-8/0001-00, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 14.9.2011, DJ de 19.9.2011).

Além do mais, a apelante não apresentou impugnação específica, em sua contestação, com relação ao valor que o apelado pretende ver-se ressarcido, deve, portanto, ser presumido como verdadeira a quantia reclamada na inicial.

Destarte, afasto a preliminar de nulidade da sentença.

Quanto ao mérito recursal, melhor sorte não socorre a apelante.

Primeiramente, insta dizer que, de fato, os litigantes mantêm relação jurídica, consubstanciada em um contrato particular de prestação de serviços médicos e hospitalares, celebrado no ano de 1995 (f. 31-41), não estando regulamentado pela Lei n. 9.656/98, portanto não sujeito às suas normas específicas.

Contudo, tal circunstância não é motivo o bastante para que as cláusulas contratuais desse instrumento particular produzam efeitos de forma absoluta, visto que, não obstante não se sujeite a essa lei específica da saúde suplementar, o contrato deve estar em consonância com as normas de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor e, principalmente, com as normas fundamentais da Constituição Federal, considerando a reconhecida eficácia horizontal dos seus preceitos, permitindo, assim, a aplicação dos direitos e garantias fundamentais diretamente à relação existente entre particulares.

Feita essa consideração, adentro no exame dos fatos que permeiam esta lide, os quais motivam o direito de restituição de quantia reclamado na inicial, como reconhecido pela sentença combatida.

Pois bem, infere-se dos autos que o apelado, autor desta ação, na data de 24 de outubro de 2010, obteve diagnóstico de insuficiência coronariana grave com lesão de tronco coronária esquerda 70%, além de outras lesões (f. 26), circunstância esta, indubitavelmente, emergencial, que ensejou o deslocamento

desse paciente, através de UTI Aérea, para a cidade de São Paulo-SP (f. 27-8), sendo internado no Hospital da Beneficência Portuguesa, quando foi submetido à cirurgia de revascularização miocárdica, no dia 27 de outubro de 2010, que transcorreu sem intercorrências, recebendo alta em 10 de novembro de 2010 em boas condições clínicas (f. 29-30).

O tratamento médico para perfeita recuperação do recorrido, consoante documentos de f. 42-95, resultou no dispêndio de uma quantia de R$ 114.914,73 (cento e quatorze mil, novecentos e quatorze reais e setenta e três centavos), que não foi impugnada especificadamente pela ré, tornou-se, portanto, incontroversa.

Entretanto, apesar de a cooperativa apelante estar obrigada a prestar ao cooperado assistência médica e hospitalar, através de médicos cooperados, hospitais e serviços auxiliares de diagnóstico e terapia devidamente credenciados, defende que não é devido o custeio das despesas tidas pelo recorrido, argumentando que o plano contratado garante cobertura apenas em hospitais conveniados da Unimed e que não operam com tabela própria ou de alto custo, o que não seria o caso do Hospital da Beneficência Portuguesa, onde ocorreu o tratamento do apelado.

Essa tese da recorrente está embasada na cláusula II, do contrato discutido, que assim estabelece, *in verbis:*

> CLÁUSULA II - LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS
>
> [...]
>
> 2.4 - A UNIMED Campo Grande não autorizará atendimentos em hospitais, clínicas, laboratórios, raio x, etc., fora da área de ação de Campo Grande em serviços classificados de “alto-custo”, tabelas próprias e que não aceitem qualquer “restrição” nos atendimentos.

Ora, como já dito no início deste voto, a relação jurídica havida entre o apelado e a operadora do plano de saúde está vinculada às normas de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor, na forma do seu artigo 3°, § 2°, e, assim sendo, deve ser afastada qualquer cláusula contratual que prejudique o direito do beneficiário do plano de saúde, principalmente a cláusula que possa importar em risco à vida dele, como é o caso.

Insta destacar, aliás, que não há nenhuma informação no contrato, esclarecendo ao consumidor, no caso o apelado, a respeito das tabelas de coberturas que seriam usadas no pagamento (locais ou não), na hipótese de uso dos serviços contratados além dos limites territoriais deste Município de Campo Grande.

Entendo que, à hipótese *sub judice*, devem ser aplicadas as disposições dos artigos 46 e 47 da legislação consumerista em questão, que preveem, *in verbis:*

> 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.
>
> Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Destarte, a teor do artigo 51, inciso IV, da Lei consumerista em lume, deve ser considerada nula a cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé

ou a equidade, como é a hipótese da cláusula contratual acima transcrita, a qual limita de forma exagerada e injustificada as obrigações da apelante para com os seus associados.

Apenas para constatação, apresenta-se abaixo o teor do dispositivo legal em tela, *in verbis:*

> São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> [...]
>
> IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis coma boa-fé ou a eqüidade.
>
> [...]
>
> § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
>
> I – ofende aos princípios constitucionais do sistema a que pertence;
>
> II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes, à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o seu objeto ou equilíbrio contratual;
>
> III – mostra-se excessivamente onerosa para consumidor, considerando-se a natureza o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Salienta-se que o posicionamento ora adotado não é colhido a esmo, encontrando amparo em arestos prolatados por este Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> [...]
>
> O plano de saúde deve dar cobertura integral ao usuário, sendo nula a cláusula inserida no contrato celebrado antes da entrada em vigor da Lei n. 9.656/98 e que imponha limites ou restrições a procedimentos médicos, nos termos da Portaria n. 3, de 19 de março de 1999 da Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça.[...]. (TJM, AC n. 2011.018531-9, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 9.8.2011, DJ de 23.8.2011).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – UNIMED – CONTRATO – ÁREA REGIONAL DE ABRANGÊNCIA – CÂNCER – TRATAMENTO POR MEIO DE RADIOTERAPIA REALIZADA FORA DA ÁREA DE ABRANGÊNCIA – PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA-EMERGÊNCIA – POSSIBILIDADE – ART. 35-C DA LEI N. 9.656/98 – OBRIGATORIEDADE DO PLANO DE SAÚDE EM COBRIR AS DESPESAS – NÃO OCORRÊNCIA DE DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Em procedimentos de urgência ou emergência a prestadora de serviço de saúde é obrigada a cobrir as despesas do tratamento indicado, considerando o risco de vida da paciente, ainda que fora da abrangência da cobertura regional.
>
> O contrato de seguro cria um direito absoluto que é a preservação da vida acima de restrições de qualquer natureza.[...]. (TJMS, AC n. 2010.028993-7, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 30.3.2011, DJ de 4.4.2011).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – PLANO DE SAÚDE – UNIMED URGÊNCIA DE TRATAMENTO MÉDICO FORA DA ÁREA DE COBERTURA DA

> OPERADORA – RISCO DE MORTE – CONVÊNIO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR – NOSOCÔMIO CREDENCIADO PELA UNIMED PAULISTANA – CONVÊNIO COM A UNIMED CAMPO GRANDE – LIMITAÇÃO DO ATENDIMENTO CONDICIONADO À TABELA DE ABRANGÊNCIA TERRITORIAL – CLÁUSULA ABUSIVA E NULA – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR – *PACTA SUNT SERVANDA* – LIMITAÇÃO DE SUA UTILIZAÇÃO – PRINCÍPIO DA EQÜIDADE E DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL – [...]. É considerada abusiva e nula a cláusula que condiciona a cobertura do plano de saúde a um custo de uma tabela, não discriminada e desconhecida do usuário segurado no ato da assinatura do contrato de adesão. Ao fornecer um convênio de saúde de cobertura nacional, não poderá eximir-se à prestadora de serviços de saúde, de cobrir despesas médicos-hospitalares, ainda que mais elevadas que por ela praticados, quando o usuário a utiliza em casos de urgência-emergência, pois tal risco está ínsito na sua atividade comercial, que não poderá ser repassado para o consumidor. [...] (TJMS, AC n. 2006.004803-9, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 8.5.2006).

Ademais, no caso, a preservação do direito à vida mostra-se acima de qualquer outra discussão, até mesmo da questão referente à cobertura do procedimento, considerando que a situação do recorrido era emergencial e, estando ele em dia com seus pagamentos, é perfeitamente aceitável o seu encaminhado a um hospital mais capacitado e indicado por médico de seu confiança.

Acresce-se que a saúde não tem um limite definido e fere a boa-fé objetiva e a função social do contrato desprestigiar esse fator.

Como ensinou o eminente Prof. Galeno Lacerda:

> O contrato de seguro saúde cria um direito absoluto. Estamos em presença, assim, de uma categoria nova de direitos sobre direitos. Nessa espécie prevalece a natureza mais importante. Ou como esclarece Ferrara, *il diritto dominato* assume *lá natura Del diritto* dominante (ob. cit. p. 414). Por isso, se, no caso concreto, a seguradora, sem razão, negar cobertura à segurada, estará atentando contra direitos absolutos à saúde e à vida do paciente (Cf. Seguro de Saúde in RT 717⁄117).

Por fim, registra-se que, muito embora o artigo 199 da Constituição Federal tenha previsto que a assistência à saúde é *"livre à iniciativa privada"*, tal dispositivo, dada a relevância das ações e serviços de saúde, não dispensou o particular de pautar as suas condutas em conformidade com os ditames estabelecidos na Lei Maior do país.

Evidentemente que a saúde encontra-se dentre os direitos primordiais que constituem alvo prioritário de proteção pela Constituição Federal, pois se trata de um direito vital dos indivíduos, sem o qual não é possível gozar do mais supremo valor constitucional, que é a dignidade da pessoa humana.

No mais, a Constituição Federal trata o direito à vida como princípio fundamental da pessoa humana (art. 5º, *caput*), não devendo sofrer limites externos, com a aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, por exemplo.

Diante dessas razões, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a r. sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, João Batista da Costa Marques e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 4 de outubro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.029778-6 - Bandeirantes
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO – EFEITOS *ERGA OMNES* NOS LIMITES DA COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO PROLATOR – NÃO PRODUÇÃO DE EFEITOS NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – RECURSO IMPROVIDO.

A sentença proferida em ação civil pública tem seus efeitos da coisa julgada limitados à competência territorial do órgão prolator.

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, 8 de novembro de 2011.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Wilson Xavier de Oliveira, inconformado com a sentença prolatada nos autos do Cumprimento de Sentença que move em face de HSBC *Bank* Brasil S/A – Banco Múltiplo – interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

Na sentença, foi extinto o cumprimento de sentença por inexistência de título executivo judicial, sob o fundamento de que a eficácia *erga omnes* da sentença que ora se pretende o cumprimento limita-se à competência territorial do órgão julgador onde foi prolatada.

O apelante alega, em síntese, que independentemente do local do domicílio do poupador, este pode valer-se da sentença transitada em julgado em outro Estado da Federação, propondo ações de cumprimento de sentença na Comarca onde possui domicílio, consoante o artigo 97 do CDC, bem como consoante entendimento do STJ no sentido de que a eficácia *erga omnes* da sentença alberga todo o território nacional.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reconhecido como título executivo judicial com força *erga omnes* em todo território nacional, a sentença prolatada na Ação Civil Pública ajuizada pelo IDEC em face do HSBC *Bank* Brasil S/A no Estado de São Paulo.

Em apresentação de contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Wilson Xavier de Oliveira, inconformado com a sentença prolatada nos autos do Cumprimento de Sentença que move em face de HSBC *Bank* Brasil S/A – Banco Múltiplo – interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

Na sentença, foi extinto o cumprimento de sentença por inexistência de título executivo judicial, sob o fundamento de que a eficácia *erga omnes* da sentença que ora se pretende o cumprimento limita-se à competência territorial do órgão julgador onde foi prolatada.

O apelante alega, em síntese, que, independentemente do local do domicílio do poupador, este pode valer-se da sentença transitada em julgado em outro Estado da Federação, propondo ações de cumprimento de sentença na Comarca onde possui domicílio, consoante o artigo 97 do CDC, bem como consoante entendimento do STJ no sentido de que a eficácia *erga omnes* da sentença alberga todo o território nacional.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reconhecida, como título executivo judicial com força *erga omnes* em todo território nacional, a sentença prolatada na Ação Civil Pública ajuizada pelo IDEC em face do HSBC *Bank* Brasil S/A no Estado de São Paulo.

Em que pese o inconformismo da apelante, deve ser mantida a sentença de primeiro grau.

De acordo com o artigo 16 da Lei n. 7.347/85 *"a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipóteses em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova."*

Do acima disposto, tem-se que os efeitos da coisa julgada restringem-se aos limites da competência territorial do órgão prolator, em respeito ao princípio federativo, porquanto não há falar em efeito *erga omnes* de uma decisão prolatada pelo Judiciário de um Estado sobre todo o território nacional.

Conforme já manifestou entendimento o Superior Tribunal de Justiça:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANO VERÃO. IPC DE JANEIRO DE 1989 (42,72%). OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.
>
> 1. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, tendo em vista os princípios da fungibilidade recursal e economia processual.
>
> 2. Verificada contradição entre a fundamentação do *decisum* recorrido e a parte dispositiva, acolhe-se o recurso para corrigir o julgado, evitando-se, assim, interpretação errônea acerca de seu comando.
>
> 3. Consoante entendimento consignado nesta Corte, a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97.
>
> 4. Embargos de declaração recebidos como regimental para, reconsiderando a decisão anteriormente proferida, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. (STJ, Min. Paulo de Tarso Sanseverino (1144), julgado em 1.3.2011)

Em caso análogo, esta Corte já manifestou entendimento acerca da matéria:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EFEITOS *ERGA OMNES* NOS LIMITES DA COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO PROLATOR – ILEGITIMIDADE ATIVA DOS REQUERENTES PARA PROMOVER O CUMPRIMENTO – NÃO PRODUÇÃO DE EFEITOS NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.
>
> A sentença proferida em ação civil pública tem seus efeitos da coisa julgada limitados a competência territorial do órgão prolator.
>
> Os requerentes são partes ilegítimas para promover o cumprimento, pois a sentença não lhe beneficia, eis que não produz efeitos no Estado de Mato Grosso do Sul. (TJMS, AC n. 2010.025176-3, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 30.11.2010)

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, 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, Oswaldo Rodrigues de Melo e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 8 de novembro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Agravo n. 2011.029875-7 - Nioaque
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – AGRAVO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – HOMOLOGAÇÃO – LAUDO ELABORADO PELO PERITO JUDICIAL – UTILIZAÇÃO DE MÉTODO MAIS RECOMENDADO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO COMPROVAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Comprovado que o laudo judicial foi elaborado, levando-se em consideração o método mais recomendado e utilizado para a avaliação de imóveis, bem como a atual situação do bem, as suas benfeitorias e a sua localização, a homologação do laudo produzido por perito judicial é medida que se impõe.

A condenação por litigância de má-fé exige a comprovada utilização de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou prolongar deliberadamente o andamento processual, causando dano à parte contrária.

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, 29 de novembro de 2011.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Edi de Oliveira Vieira Júnior interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Nioaque que assim decidiu:

> [...]
>
> Posto isso, rejeito a impugnação de f. 165-71 e, por conseguinte, em virtude da anuência da credora (f. 173), homologo a avaliação de f. 105-62 e determino o prosseguimento do feito, com a realização dos atos expropriatórios. (f. 27 – TJMS).

Alega que o laudo de avaliação apresentado pelo perito não reflete o real valor de mercado do imóvel, existindo nos autos inúmeros documentos que demonstram categoricamente essa discrepância de valores.

Assevera que duas áreas vizinhas da propriedade do ora agravante e ambas de qualidade inferior ou igual estão avaliadas em quantia muito superior, a Fazenda Alvorada, por exemplo, foi comercializada por R$ 6.200,00 (seis mil e duzentos reais) por hectare.

Aduz que a Fazenda São Francisco – que também é vizinha – possui um total de 405 hectares e teve uma oferta de R$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) por hectares.

Sustenta que são inúmeros os documentos que atestam claramente que o valor do hectare na região e, o que é mais importante, na Fazenda do agravante é muito superior a R$ 5.532,50, situação que demonstra manifesta dúvida na avaliação apresentada pelo perito e que impõe a atuação da tutela jurisdicional, no sentido de rever o valor da avaliação.

Afirma que o perito se olvidou de destacar que a propriedade do ora agravante se trata de uma área que pode ser utilizada tanto para pecuária quanto para a agricultura (tanto que a safra 2010/2011 ainda será colhida nesse ano), ou seja, pode ser objeto de plantação de soja e outros tipos de agricultura, justamente devido à qualidade do solo e da propriedade em geral, situação que, obviamente, implica a majoração do seu valor em relação às demais propriedades que são utilizadas exclusivamente para pecuária.

Esclarece que, caso não seja realizada outra avaliação, deve-se, no mínimo, majorar o valor da área para R$ 6.200,00 por hectare, visto que esse foi o valor que a propriedade vizinha de inferior ou igual qualidade foi vendida, não havendo motivos para que a propriedade do ora agravante valha menos que isso, sobretudo porque a terra é utilizada para lavoura e não exclusivamente pecuária.

Requer seja dado provimento ao recurso para determinar a realização de nova avaliação do bem penhorado ou que seja homologado o valor de R$ 6.200,00 por hectares.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (f. 224-5).

Em contraminuta, a agravada manifesta-se pelo improvimento do recurso e, ainda, requer a condenação do agravante por litigância de má-fé.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de agravo interposto por Edi de Oliveira Vieira Júnior em face da decisão prolatada pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Nioaque que assim decidiu:

> [...]
>
> Posto isso, rejeito a impugnação de f. 165-71 e, por conseguinte, em virtude da anuência da credora (f. 173), homologo a avaliação de f. 105-62 e determino o prosseguimento do feito, com a realização dos atos expropriatórios. (f. 27 – TJMS).

O presente recurso não merece provimento.

Conforme destacou o perito judicial, o seu parecer encontra-se:

> [...] em conformidade com o disposto no art. 3º da Lei n. 6.530, de 12 de maio de 1978 (DOU de 15.5.1978), que regulamenta a profissão de Corretor de Imóveis, e com as Resoluções do Conselho Federal de Corretores de Imóveis (COFECI) n. 957, de 22 de maio de 2006 (DOU de 26.6.2006) e n. 1.066, de 22 de novembro de 2007 (DOU de 29.11.2007), que dispõem sobre a competência do Corretor de Imóveis para a elaboração de Parecer Técnico de Avaliação Mercadológica e regulamentam a sua forma de elaboração (f. 142-3 – TJMS).

Vê-se, portanto, que o laudo judicial encontra-se em conformidade com a legislação que regulamenta a forma de sua elaboração.

E, ainda, constou do referido laudo:

> [...]
>
> Trata-se de uma área terra arenosa, de topografia plana, cercada com postes de aroeira e 5 fios de arame, dividida em 4 repartições por cercas de choque elétrico, formada de brachiaria humidicola, com reserva legal e área de preservação permanente no total de 89,2ha, com rede de energia elétrica trifásica de alta tensão (não possui energia rebaixada), servida por açudes naturais, sendo a flora composta, entre outros, por aroeira, jatobá, ipê...
>
> As cercas, tanto as convencionais como as elétricas, necessitam de reparos simples, sem maiores dispêndios financeiros.
>
> O imóvel avaliado é formado de brachiaria humidicola, sendo preparado para colheita de sementes, que são comercializadas através de terceiros. (Fotos da colheita da safra 2010/2011 em anexo);
>
> Saliento ainda que o imóvel em questão se encontra a cerca de 1,2km da Escola Municipal Noé Nogueira Filho (extensão), composta por 3 salas de aulas que atende alunos até a conclusão do ensino fundamental, com cantina própria com transporte escolar público regular;
>
> Atualmente o imóvel encontra-se ocupada pelo proprietário, que acompanhou a vistoria do imóvel;
>
> [...]
>
> O imóvel avaliando localiza-se na área rural de Nioaque/MS, uma das mais apropriadas para criação de bovinos da região, que vem recebendo investimentos tanto particular dos grandes criadores estabelecidos na localidade, quanto da Prefeitura e do Estado, além disso é dotada de energia elétrica trifásica, cobertura de telefonia celular, estrada rural de acesso bom, escola de ensino fundamental, com transporte escolar público, estando localizada a 80,0 km do frigorífico mais próximo;
>
> Toda a área é dotada de curva de nível, com estrita observância às normas de conservação do solo, o que permite racional e melhor aproveitamento de sua exploração.
>
> O imóvel não possui qualquer edificação.
>
> [...] (f. 143-4 – TJMS).

Verifica-se que o perito judicial, para elaboração do laudo, avaliou, minuciosamente, a atual situação do imóvel, as benfeitorias existentes, a localização do bem, a proximidade com a cidade de Nioaque-MS e com o frigorífico, assim como a existência de Escola Municipal, com ensino fundamental próxima ao bem, o que propiciaria aos empregados e aos seus filhos o livre acesso à educação.

E, observa-se, ainda, que:

> Para a realização do presente trabalho utilizou-se o **Método Comparativo Direto de Dados de Mercado**, que permite a determinação do valor levando em consideração as diversas tendências e flutuações do Mercado Imobiliário, normalmente diferentes das flutuações e tendências de outros ramos da economia, sendo por isso o mais recomendado e utilizado para a avaliação de imóveis.

> Nesse método, a determinação do valor do imóvel avaliado resulta da comparação deste com outros valores de natureza e características e os atributos dos dados obtidos são ponderados por meio de técnicas de homogeneização normativas.
>
> [...]
>
> A pesquisa de mercado permitiu a obtenção de 4 (Quatro) imóveis com características intrínsecas e extrínsecas semelhantes ao avaliando, [...] (f. 145 – TJMS).

Logo, o laudo judicial foi elaborado utilizando-se do Método Comparativo Direto de Dados de Mercado, que corresponde ao método mais recomendado e utilizado para a avaliação de imóveis, não podendo ser questionado pelo simples fato de que os demais imóveis da região possuem o valor de hectare, para oferta, maior do que o obtido pelo perito judicial.

Assim, há de ser mantido o valor de R$ 2.248.627,00 (dois milhões, duzentos e quarenta e oito mil e seiscentos e vinte e sete reais – R$ 5.532,50 por hectare), porquanto o laudo judicial encontra-se embasada na atual situação do bem, com todas as melhorias, bem como tendo sido elaborado pelo método mais recomendado e utilizado na avaliação de imóveis.

A respeito do tema, confiram-se os julgados abaixo:

> EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CARTA PRECATÓRIA – PRETENSÃO DE NOVA AVALIAÇÃO DE IMÓVEL PENHORADO – ALEGAÇÃO DE ERRO DO AVALIADOR – AUSÊNCIA DE PROVA – AVALIAÇÃO MANTIDA – APLICAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DO BEM PENHORADO – POSSIBILIDADE – FARTO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL – AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> Para que seja determinada nova avaliação do bem penhorado, é imprescindível que o devedor traga elemento probatório que leve ao convencimento da existência de erro ou dolo do avaliador, fato inocorrente na espécie.
>
> [...]
>
> Recurso conhecido e improvido. (TJMS, Ag n. 2010.005458-5, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 30.3.2010).
>
> EMENTA: AÇÃO DE EXECUÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AVALIAÇÃO DO IMÓVEL PENHORADO. PERITO DE CONFIANÇA DO JUÍZO. LAUDO DO PERITO OFICIAL. MANIFESTAÇÃO DO AGRAVANTE. DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. PEDIDO DE REPETIÇÃO DA AVALIAÇÃO. NÃO-CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 683 DO CPC. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. A legislação processual civil brasileira empresta ao perito a qualidade de órgão auxiliar da Justiça (art. 139, CPC) que, na elaboração da prova pericial, vale-se de conhecimento especializado em determinada área de conhecimento científico, essencial à efetividade do processo. A nova avaliação somente se justifica nas hipóteses expressamente previstas no art. 683 do CPC. Verificando-se que o laudo do perito oficial que instrui o processo de execução aborda com precisão e firmeza todos os pontos contestados pelo agravante, desconstituindo-os, não há motivo relevante para a designação de um novo *expert* para reavaliar os imóveis penhorados, sendo inaplicável, ao caso em comento, a norma do artigo 683 do CPC. Ultrapassando o momento procedimental próprio para a prática de determinado ato ocorre preclusão temporal, que implica na impossibilidade de renovação ou prática dos atos processuais já preclusos. É princípio constitucional (art. 5º, LV, da CF) que às partes litigantes deve ser assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, proporcionando-lhes os meios adequados para tanto, o que não caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça. (TJMG, Ag n. 1.0024.98.007191-4/001, Belo Horizonte, Rel. Des. José Flávio de Almeida, julgado em 16.4.2008, DJ de 26.4.2008)

> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - BEM IMÓVEL - AVALIAÇÃO - PERÍCIA JUDICIAL - VALIDADE - LAUDO ANTERIOR - ATUALIZAÇÃO.
>
> [...]
>
> Se a nova avaliação é recente, solicitada pelo executado e realizada por Perito, desenvolvida com base em critérios técnicos e com a observância do preço mercadológico do bem imóvel, não há que se deferir sua modificação. (TJMG, Ag n. 2.0000.00.500554-3/000(1), Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, julgado em 9.6.2005, DJ de 6.7.2005).

No que tange ao pedido da agravada, de condenação do agravante nas penalidades da litigância de má-fé, verifica-se que não merece acolhimento.

Com efeito, reputa-se litigante de má-fé aquele que deduz pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usa do processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidentes manifestamente infundados e interpuser recursos com intuito manifestamente protelatório (artigo 17 e incisos do Código de Processo Civil).

Assim, ao compulsar os autos, vê-se que o agravante não praticou nenhuma das hipóteses previstas no artigo 17 do CPC, para que possam ser condenados por litigância de má-fé.

Neste sentido, é o entendimento doutrinário:

> Litigante de má fé é a parte ou interveniente processual que utiliza procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou prolongar deliberadamente o andamento processual, causando dano à parte contrária. (JUNIOR, Nelson Nery. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 288.)

Por conseguinte, não há falar em condenação do agravante por litigância de má-fé.

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, revogando, por conseguinte, o efeito suspensivo concedido.

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. 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, 29 de novembro de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.034279-9 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – FRAUDE – CONTRATAÇÃO DE REFINANCIAMENTO DE VEÍCULO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ART. 14 DO CDC – DANO MORAL – PRESUMIDO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RAZOÁVEL – RECURSO IMPROVIDO.

Nos termos do art. 14 do CDC, as instituições bancárias respondem, objetivamente, pelos danos causados aos consumidores, em razão dos serviços prestados.

O zelo ao bom nome faz parte dos direitos personalíssimos reconhecidos, filosoficamente, como de terceira geração, para a salvaguarda da dignidade humana. A manutenção indevida do nome da pessoa em órgão de proteção ao crédito ofende esse direito, resultando em dano moral.

Comprovado o liame da conduta ilícita do agente e o consequente dano sofrido pela vítima, impõe-se ao autor o dever de reparação.

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.

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, 29 de novembro de 2011.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Banco Santander (Brasil) S/A, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que move em face de Karyston Adriel Machado da Costa, interpõe apelação cível, alegando que os documentos apresentados na ocasião da contratação, certamente, demonstraram-se aparentemente legítimos, não havendo qualquer motivação para não se acreditar na sua autenticidade, já que talvez nem mesmo um perito fosse capaz de detectar, a olhos nus, qualquer irregularidade.

Aduz que não agiu de forma negligente nem de forma fraudulenta, mas tão somente foi vítima de um golpe, ou seja, ao analisar a conduta do banco, vislumbra-se que nenhuma participação teve, pois não agiu com culpa, sendo assim, não há falar em indenização por danos morais.

Afirma que é evidente que não praticou nenhum ato ilícito contrário ao direito, não agiu com culpa em nenhuma de suas modalidades, já que tão somente inscreveu o nome do apelado nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, ante a utilização, em seu nome, de crédito concedido e a comprovada inadimplência.

Assevera que o evento danoso não resultou de uma relação de consumo havida entre o banco e o apelado, razão pela qual inaplicável o CDC nos autos.

Sustenta que a notificação do apelado de que seu nome seria negativado não é de responsabilidade do Banco, visto que os dados do devedor são enviados aos órgãos de proteção ao crédito e, por sua vez, estes são incumbidos de notificá-lo.

Esclarece que, além de o apelado não se demonstrar credor da instituição financeira – pelo contrário –, demonstra que realmente está em débito para com o apelante.

Dispõe que não se vislumbrou no presente caso qualquer ocorrência que pudesse sujeitar o apelante à obrigação de indenizar o apelado por danos morais.

Alega que meras situações de constrangimento, como aquelas relatadas nos presentes autos, não se tipificam como dano moral, visto que ausentes os elementos que caracterizam tal espécie de dano, não justifica, portanto, indenização em favor do ofendido, sob pena de enriquecimento sem causa.

Aduz que o apelado não carreou aos autos qualquer prova, ou mesmo indício de prova, que sobreleve evidenciar a ocorrência de qualquer prejuízo moral, ou até material, que possa justificar a condenação pleiteada imposta à apelante.

Afirma que no caso *sub judice* não houve ato ilícito e, igualmente, não houve danos morais, nada podendo recompor, inexistindo relação de culpabilidade entre os atos do apelante e o pleito do apelado.

Assevera que, com bastante frequência, vem se adotando como justo parâmetro o valor da indenização com base no salário-mínimo, aplicando-se de forma analógica o Código Brasileiro de Telecomunicações e a Lei de Imprensa, sendo que os valores são arbitrados com base no salário-mínimo.

Entende que deve prevalecer o brocardo *pacta sunt servanda*, ou seja, as partes devem se submeter rigorosamente às cláusulas do contrato celebrado, equiparando-se este à lei entre as partes e, segundo a qual os contratos devem ser cumpridos, devendo o pedido de declaração de inexigibilidade do débito ser julgado improcedente.

Requer seja dado provimento ao recurso.

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 Banco Santander (Brasil) S/A em face da sentença prolatada pelo Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou:

> [...] procedentes os pedidos formulados na inicial para declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes e a inexigibilidade do débito de R$ 26.077,20, condenando o requerido a indenizar o requerente pelo dano moral experimentado no valor fixado em R$ 5.000,00 com correção monetária pelo IGP-M/FGV e juros de mora de 1% ao mês a partir da publicação desta sentença. O requerido arcará com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação em atenção ao que dispõe o artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, especialmente considerando a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (f. 169).

Inicialmente, cabe considerar que a relação em questão é abrangida pelas regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser analisada sob esta ótica.

O art. 14 do mencionado *Codex* estabelece:

> O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua fruição e riscos.
>
> [...]
>
> § 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Neste artigo, o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria objetiva, ou seja, independente de culpa, bastando que o consumidor comprove o dano, o defeito na prestação do serviço, bem como a relação de causalidade entre ambos.

Comprovados estes requisitos, o fornecedor só se exime do dever de indenizar o consumidor pelos danos causados se comprovar as excludentes do § 3º, já mencionado.

No caso presente, vê-se que o nome do apelado foi inscrito indevidamente nos órgãos de proteção ao crédito em razão de um refinanciamento de veículo, feito por terceiro, junto ao apelante, utilizando-se dos documentos do apelado que foram extraviados (f. 19).

Conquanto o apelante sustente ser dever do apelado comprovar os fatos constitutivos do seu direito, cabe lembrar que o Código de Defesa do Consumidor estabelece no art. 6º, inc. VIII, como direito do consumidor, a inversão do ônus da prova, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

Nestes termos, competia ao apelante ter comprovado que, no momento da celebração do contrato de refinanciamento de veículo, foram tomadas as devidas precauções, a fim de se evitar fraudes, o que não ocorreu no caso dos autos.

Evidencia-se a desídia do apelante no momento da celebração do contrato de refinanciamento de veículo, o que acabou por levar a inscrição indevida do nome do apelado aos órgãos de restrição ao crédito, de modo que não se pode valer das excludentes facultadas pelo art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Em casos como este, a jurisprudência vem firmando entendimento no sentido de que as instituições financeiras devem arcar com a responsabilidade decorrente da fraude, até porque fatos como este fazem parte do risco da sua atividade.

Confira:

> CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. CHEQUES NÃO EMITIDOS PELO CORRENTISTA. FRAUDE PRATICADA POR TERCEIRO. INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO. DANO MORAL CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO JUSTO. SENTENÇA CONFIRMADA.
>
> 1. As instituições bancárias, como fornecedoras de serviços, estão sujeitas às normas do Código de Defesa do Consumidor (art. 3º, § 2º, do CDC), e respondem, objetivamente, por danos causados aos consumidores, em razão dos serviços prestados (art.14, idem).
>
> 2. Comprovado que o banco efetivou a inscrição do nome do consumidor nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito de forma indevida, em razão da devolução de vários cheques, os quais foram emitidos por falsário, e não pelo apelado, o qual viu sua honra e bom nome maculados na praça, resta caracterizado o dano moral passível de reparação.
>
> 3. Tendo o juiz, no caso concreto, obedecido aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, é de ser mantido o valor indenizatório moderadamente fixado. Decisão: Negar provimento. Unânime. (AC n. 20030610102690, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Rel. Jesuíno Rissato, julgado em 18.4.2006, DJ de 24.5.2006, p. 122).

Consigne-se que a simples inscrição do nome do consumidor nos cadastros de órgãos de proteção ao crédito, quando feita de forma indevida, por si só, é causa geradora de danos morais, passíveis de indenização. Isto decorre do fato de que o nome do consumidor é um atributo de ordem moral, estando protegido pelo nosso ordenamento jurídico, sendo que a sua violação acarreta ao ofensor o dever de indenizar.

Assim, se a inscrição se deu de modo indevido, assiste ao apelado o direito de ser indenizado pelos danos suportados.

É cediço que não há critérios rígidos de fixação do dano moral, ficando este ao arbítrio e bom senso do magistrado, que deve atender aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade quando da apuração do *quantum* indenizatório.

No caso vertente, verifica-se que o *quantum* indenizatório fixado pelo julgador de primeira instância, no valor de R$ 5.000,00 não está a merecer reformas.

Em casos como este, a quantia a ser fixada tem por objetivo proporcionar ao apelado um lenitivo, confortando-o pelo constrangimento moral a que foi submetido e de outro lado pretende penalizar o apelante pela falta de diligência em suas atividades, para que reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos, não podendo, de modo algum, servir de enriquecimento ilícito ao apelado.

Deste modo, não assiste razão ao apelante quando menciona que a indenização neste caso distanciou-se do bom senso e dos critérios recomendados pela doutrina e jurisprudência, estando muito exorbitante.

Vê-se que a fixação dos danos morais em R$ 5.000,00 mostra-se razoável, estando condizente com a extensão do dano, servindo de penalidade ao apelante, para que reveja a sua forma de atuação.

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. 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, 29 de novembro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.027790-4 - Aparecida do Taboado
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – AÇÃO POPULAR – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO VOLUNTÁRIA – EXTINÇÃO POR INADEQUAÇÃO – PRETENSÃO GENÉRICA E DESPROVIDA DE ELEMENTOS MÍNIMOS JUSTIFICANDO O PROCESSAMENTO DA DEMANDA – POSTULAÇÃO POR JUNTADA DE DOCUMENTOS SOB OS QUAIS NÃO PESA SIGILO PÚBLICO – INTELIGÊNCIA DO ART. 267, VI, DO CPC CUMULADO COM O ART. 22 DA LEI N. 4.717/65 – SENTENÇA TERMINATIVA MANTIDA COM ADIÇÃO DE FUNDAMENTOS.

A mera alegação genérica de lesão ao erário, desprovida de elementos mínimos indispensáveis à avaliação *in statu assertionis* da relevância e pertinência da demanda é insuficiente para respaldar o processamento da ação popular.

Inteligência do art. 267, VI, cumulado com o art. 22 da Lei n. 4.717/65.

O art. 5º, LXXIII, da CF prevê que a responsabilidade pelas custas e despesas processuais só pode ser imposta ao autor em caso de comprovada má-fé, alheia a feito instaurado por um erro de técnica, desacompanhado da demonstração de dolo de litígio.

Reexame necessário conhecido ao qual se nega provimento.

Apelo voluntário conhecido e parcialmente provido apenas para excluir a imputação dos ônus processuais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos voluntário e obrigatório, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2011.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

O Juiz da 2ª. Vara da Comarca de Aparecida do Taboado submete ao **reexame necessário** a sentença (f. 49-55) que indeferiu liminarmente a ação popular promovida por Joaquim Arnaldo da Silva Neto contra a Prefeitura Municipal de Aparecida do Taboado, André Alves Ferreira, Vilson Bernardes de Mello, Aline Consultoria e Euditoria Ltda. e Jaime José Machado de Queiroz, reconhecendo a ausência do interesse de agir e condenando o postulante ao pagamento das custas e despesas processuais.

Joaquim Arnaldo da Silva Neto apresentou apelo voluntário (f. 59-86). Atacando a extinção terminativa da demanda, requereu o prosseguimento do feito e, subsidiariamente, a exclusão dos ônus financeiros do processo, considerada a falta de má-fé no ajuizamento.

Posteriormente, o insurgente apresentou pedido de desistência da ação (f. 89), assumida, inclusive com ratificação do recurso, pela Promotoria de Justiça responsável pela defesa do patrimônio público na localidade (f. 97-101).

Instada, a Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do apelo (f. 132-5).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

Cuida-se de reexame necessário e apelo voluntário (f. 59-68) tirados contra a sentença (f. 49-55) que indeferiu liminarmente a ação popular promovida por Joaquim Arnaldo da Silva Neto contra a Prefeitura Municipal de Aparecida do Taboado, André Alves Ferreira, Vilson Bernardes de Mello, Aline Consultoria e Auditoria Ltda. e Jaime José Machado de Queiroz, reconhecendo a ausência do interesse de agir e condenando o postulante ao pagamento das custas e despesas processuais.

Inconformado, o autor originário, Joaquim Arnaldo da Silva Neto, atacou a extinção terminativa da demanda, requerendo o prosseguimento do feito e, subsidiariamente, a exclusão dos ônus financeiros do processo, considerada a falta de má-fé no ajuizamento.

Posteriormente, apresentou pedido de desistência da ação (f. 89), assumida, inclusive com ratificação do recurso, pela Promotoria de Justiça responsável pela defesa do patrimônio público na localidade (f. 97-101).

Evidenciada a identidade de matérias, aprecio conjuntamente ambos os recursos.

Num breve resumo, a demanda foi instaurada sob as seguintes premissas:

A Câmara Municipal de Aparecida do Taboado teria deixado a desejar na fiscalização dos atos do réu André Ferreira, então Prefeito da cidade.

Após iniciada a administração dele, duas denúncias foram encaminhadas à Câmara Municipal e rejeitadas, dispondo sobre contratações ilegais para a coleta de lixo e varrição de ruas, contratações de empresas em débito com o Município, com excesso nos valores licitados, omissão no combate ao tráfico de drogas e adiantamentos e contratações ilegais na Secretaria de Saúde do Município;

Foram requeridos documentos, visando a apurar condutas passíveis de justificar a propositura de ações populares, tendo sido negado o fornecimento pelo Poder Público Local.

Os demais demandados estariam envolvidos em contratações indevidas para obtenção de fins alheios ao interesse público.

Pautado nesses fatos, o autor primitivo elaborou uma série de requerimentos, cujo teor destaco para melhor entendimento da controvérsia:

> [...] presentes os pressupostos que justificam a medida extrema, é de rigor a concessão da liminar objetivando:

> Determinar o imediato encaminhamento dos autos dos documentos solicitados no requerimento 15/092009...e o procedimento de contratação da mesma empresa, ou do ESTRITÓRIO AACE – AUDITORIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA., pertencentes a JAIME JOSÉ MACHADO DE QUEIROZ [...].
>
> Determinar a quebra do sigilo bancário da empresa ALINE AUDITORIA E CONSULTORIA LTDA...junto a Agência do Brasil de Aparecida do Taboado, referente ao mês de dezembro de 2004 [...].
>
> Decretar a indisponibilidade dos bens dos requeridos, no montante suficiente para garantir a preservação de um patrimônio com vistas a satisfazer futura e eventual condenação [...].
>
> Requer finalmente [...] seja a presente ação JULGADA PROCEDENTE, declarando nula e sem nenhuma eficácia a contratação ilegal e imoral sob a custódia da empresa ALINE AUDITORIA E CONSULTORIA LTDA. e/ou outra pertencentes a JAIME JOSÉ MACHADO DE QUEIROZ, condenando-se os requeridos ao ressarcimento do erário [...].

Conclusos os autos, o magistrado proferiu a sentença terminativa, valendo-se, em síntese, dos fundamentos que agora recupero:

> [...] a ação popular pode ser intentada para proteção de atos lesivos ao patrimônio público. Exigem-se, contudo, formalidades a serem cumpridas pelo cidadão ao intentar a demanda [...].
>
> Desta feita, para que a ação popular seja intentada exige-se a comprovação da lesividade do ato e, também, de sua invalidade, por ser ele nulo ou anulável.
>
> Pois bem.
>
> Tenho para mim que bastante prematuro o ingresso da presente ação na medida em que não revestida de qualquer comprovação material da possível ilegalidade da contratação da empresa requerida Aline Consultoria e Auditoria pelo réu Vilson no ano de 2004 e mais ainda do desvio de dinheiro do erário municipal para pagamento de despesas de campanha política daquele ano por mencionada empresa e em prol de, ao que parece, Vilson, então prefeito municipal à época.
>
> Se houve a negativa de informação pela Prefeitura Municipal ao requerimento datado de 15 de setembro de 2009, tal fato – e outros que o autor entendesse convenientes – deveria ter sido denunciado ao Ministério Público que possui todos os mecanismos legais para as investigações e aprofundamentos necessários.
>
> De outra banda e a reforçar esse entendimento, ressalta-se que o autor nem mesmo consegue esclarecer se a empresa Aline foi contratada pela atual administração, chegando a fazer pedido genérico de suspensão de contratação desta requerida e/ou outra pertencente ao mesmo proprietário Jaime José Machado de Queiroz.
>
> O que se constata, de forma evidente, é o inconformismo do autor com o procedimento da administração em sonegar-lhe as informações que postulou, o que, com a devida vênia, não pode ser objeto de ação popular, mas sim de preliminar investigação, quiçá por inquérito civil a ser instaurado pelo Ministério Público ou, ainda, mandado de segurança fulcrado no seu direito de petição.
>
> A jurisprudência dominante [...] não aceita a hipótese de cabimento de ação popular, sem que seja demonstrada a lesão aos bens jurídicos protegidos pela norma [...].

> O que se verifica no caso dos autos é a propositura da ação baseada em presunção de ilegalidade de atos administrativos, figura esta totalmente avessa ao ordenamento jurídico, que, *contrario sensu*, estabelece a presunção de legalidade de citados atos [...].

Ultrapassada a digressão, estou pela manutenção do indeferimento liminar da inicial, conquanto por motivos parcialmente diversos daqueles externados na decisão objurgada.

Pois bem. A teor da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, regulatória da Ação Popular, para instruir a petição inicial, o cidadão poderá requerer às entidades envolvidas as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade delas.

Segundo o mesmo diploma, somente nos casos em que o interesse público devidamente justificado impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação. Diante dessa singular hipótese – segredo documental motivado pelo bem da coletividade –, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações necessárias à propositura, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, e salvo em se tratando de razão de segurança nacional, requisitar umas e outras (art. 1º, §§ 5º a 7º).

Já o art. 22 esclarece de forma expressa aplicarem-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil naquilo em que não contrariem os dispositivos da lei nem a natureza específica da ação.

Interpretando tais regras, o Tribunal da Cidadania, no julgamento do ED no REsp n. 13.356/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 17.11.1993, DJ de 13.12.1993, p. 27406, extraiu importantes conclusões, merecedoras de destaque:

> PARA INSTRUIR A INICIAL DE AÇÃO POPULAR O CIDADÃO PODERÁ REQUERER AS ENTIDADES A QUE SE REFERE O ART. 1º DA LEI N. 4.717/65 AS CERTIDÕES E INFORMAÇÕES QUE JULGAR NECESSÁRIAS, BASTANDO PARA TANTO QUE INDIQUE A FINALIDADE DAS MESMAS.
>
> NÃO DILIGENCIANDO NESSE SENTIDO, NÃO PODE PRETENDER QUE O PODER JUDICIÁRIO SUBSTITUA-O NESSA TAREFA, POIS A REQUISIÇÃO SÓ DEVERÁ SER FEITA SE O AUTOR COMPROVAR QUE A ENTIDADE SE RECUSOU A FORNECÊ-LOS.
>
> PELA REGRA DE SUBSÍDIO CONTIDA NO ART. 22 DA LEI N. 4.717, A PETIÇÃO INICIAL DEVERÁ OBEDECER AOS REQUISITOS DO ART. 282 DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL E SER INSTRUÍDA TAMBÉM COM OS DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO (ART. 283) [...].

Como se percebe, a mera alegação genérica de lesão ao erário, desprovida de elementos mínimos indispensáveis à avaliação *in statu assertionis* da relevância e pertinência da demanda, é insuficiente para respaldar a inserção de pessoas e empresas no polo passivo da ação popular. Anódino é o ajuizamento restrito à simples versões unilaterais, acompanhadas apenas do pedido vago e abstrato de apresentação de documentos por intervenção judicial, sob os quais não pesa nenhum tipo de sigilo público.

Ademais, o único requerimento administrativo anexado pelo interessado (f. 43-4) não cumpre os pressupostos da especificidade e da indicação precisa da finalidade, restando igualmente indemonstrada a negativa de fornecimento da documentação almejada pelo respectivo Município.

Inadequada, portanto, a propositura, constatação que se encerra no juízo perfunctório das condições para a viabilidade do processo, tornando inócuos os demais argumentos lançados na sentença, referentes à imperatividade do uso do mandado de segurança, provocação do Ministério Público para investigações prévias ou presunção de legitimidade dos atos administrativos supostamente praticados pelos acionados. A

avaliação de tais temas, além de juridicamente incorreta, redundou em vasta invasão do próprio mérito da contenda, impossível de ser enfrentado na fase postulatória do procedimento.

Registrado o adendo, incapaz de alterar o desfecho da ação, a partir do momento em que encampou a pretensão já em sede recursal, o Ministério Público assumiu os riscos de ver limitada a sua intervenção nas estritas balizas da causa mal instruída, submissa ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*. Por outro lado, nada impede seja reprisada a ação, desde que apoiada em lastro que viabilize a recepção e garanta o exercício do contraditório e do devido processo legal aos demandados.

Finalmente, no tocante à tese subsidiária de exclusão da responsabilidade pelas custas e despesas processuais, reiterada pelo Órgão Ministerial, melhor razão assiste à súplica.

O art. 5º, LXXIII, da CF prevê que esse tipo de penalidade só pode ser imposta em caso de comprovada má-fé, alheia à espécie, adstrita a um erro de técnica, desacompanhado da demonstração de dolo de litígio.

Em face do exposto, contrariando o Parecer, ao tempo em que conheço dos recursos, nego provimento ao reexame necessário e, preservado o decreto de extinção terminativa da demanda, dou parcial provimento ao apelo voluntário apenas para excluir a responsabilidade do autor pelo pagamento das custas e despesas processuais correlatas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS VOLUNTÁRIO E OBRIGATÓRIO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.032191-5 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL PEDIDO DE CANCELAMENTO DE DÉBITO E REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO DE NOME DE EMPRESA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES – PRETENSÃO REPARATÓRIA AFORADA POR ESTA E POR SÓCIO DELA COMPONENTE – INSURGÊNCIA QUANTO À EXTENSÃO DA CONDENAÇÃO E DA FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ARBITRADOS NA SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA FAVORÁVEL APENAS À PESSOA JURÍDICA – ACERTO DA DECISÃO – PARTICULARIDADES FÁTICAS DO CASO – NEGATIVAÇÃO EXCLUSIVAMENTE NO NOME DA LIMITADA – CONDENAÇÃO AMOLDADA À HIPÓTESE INDICANDO DESÍDIA NO CUMPRIMENTO DE ACORDO DE QUITAÇÃO – PONDERAÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* – PESSOA FÍSICA QUE NÃO COMPROVA O DANO MORAL AUTÔNOMO – PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO APENAS PARA REAJUSTAR OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Malgrado indevida a permanência de negativação do nome da pessoa jurídica por dívida já paga, é certo que a falta de postura proativa da ofendida, que não se valeu do título de quitação imediatamente após o adimplemento, aguardando quase um ano para propor demanda a respeito, indica desídia apta a autorizar a moderação na fixação dos danos morais.

Aplicação das consequências da violação do dever objetivo de mitigação do prejuízo (*duty to mitigate the loss*).

Pessoa física componente do quadro social que não comprova o dano moral autônomo, legitimando o decreto de improcedência de sua pretensão à reparação.

Avaliada a semi-identidade no grau de zelo, densidade de esforço e tempo exigido para o serviço dos patronos dos contendores, merece ser equiparada a remuneração dos honorários, conformando-se ao processo a previsão dos parágrafos terceiro e quarto do art. 20 do CPC.

Recurso conhecido, ao qual se dá parcial provimento apenas para reajustar a verba advocatícia na proporção da sucumbência enfrentada pelas partes.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de dezembro de 2011.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Tesha Consultoria, Assessoria e Projetos Agroindustriais Ltda. e Aroldo Ferreira Correa Júnior interpõem apelo (f. 139-70), irresignados com a sentença (f. 130-6) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação declaratória de inexistência de dívida cumulada com danos morais promovida contra Americel S.A., decretando o cancelamento do débito e condenando-a ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) em prol da pessoa jurídica, fixando honorários de 10% sobre o montante em favor dos advogados do polo ativo e de R$ 800,00 (oitocentos reais) para os causídicos do polo passivo, imputando a divisão de metade das custas remanescentes para cada parte.

Suscitam incorreção e pugnam pela reforma, apresentando as seguintes teses: a) o dano moral fixado em prol da pessoa jurídica deve ser majorado, considerada a capacidade econômica da recorrida e a necessidade de desestímulo e compensação; b) o segundo autor, pessoa física participante dos quadros da empresa, merece ser reparado pelos danos morais sofridos, decorrentes da negativação e da perda de um empréstimo no Banco do Brasil; c) o juiz valorou incorretamente a prova, pois, existindo confissão ficta, a procedência automática era o caminho que se impunha e d) a sucumbência deve ser revista, majorando-se aquela devida pelo polo passivo, com elevação de honorários a 20% sobre a condenação e excluindo-se a fixada a cargo do polo ativo.

Recurso tempestivo, preparado, respondido e regularmente processado.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

Cuida-se de apelo interposto por Tesha Consultoria, Assessoria e Projetos Agroindustriais Ltda. e Aroldo Ferreira Correa Júnior (f. 139-70), irresignados com a sentença (f. 130-6) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação declaratória de inexistência de dívida cumulada com danos morais promovida contra Americel S.A., decretando o cancelamento do débito e condenando-a ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) em prol da pessoa jurídica, fixando honorários de 10% sobre o montante em favor dos advogados do polo ativo e de R$ 800,00 (oitocentos reais) para os causídicos do polo passivo, imputando a divisão de metade das custas remanescentes para cada parte.

Suscitam incorreção e pugnam pela reforma, apresentando as seguintes teses: a) o dano moral fixado em prol da pessoa jurídica deve ser majorado, considerada a capacidade econômica da recorrida e a necessidade de desestímulo e compensação; b) o segundo autor, pessoa física participante dos quadros da empresa, merece ser reparado pelos danos morais sofridos, decorrentes da negativação e da perda de um empréstimo no Banco do Brasil; c) o juiz valorou incorretamente a prova, pois, existindo confissão ficta, a procedência automática era o caminho que se impunha e d) a sucumbência deve ser revista, majorando-se aquela devida pelo polo passivo, com elevação de honorários a 20% sobre a condenação e excluindo-se a fixada a cargo do polo ativo.

Num breve resumo, a ação foi proposta sob a premissa de dano à honra da empresa Tesha Ltda. e de um dos componentes de seu quadro social – Aroldo Júnior –, decorrente da inclusão da pessoa jurídica no rol dos maus pagadores pela ré, por não pagamento de dívida adstrita a um plano empresarial de telefonia móvel celular, firmado em nome da sociedade.

A aludida inscrição, constando isoladamente o nome da primeira requerente, foi apontada como motivo suficiente para ofender ambos os postulantes, acrescendo-se, relativamente ao segundo autor, o fato da perda de um financiamento bancário, causado, conforme sua versão, unicamente pela indigitada restrição.

Instada, a ré defendeu a falta de ilicitude e a ausência de prejuízo aos postulantes, sobrevindo a sentença de parcial procedência, baseada nos seguintes argumentos (f. 133):

> [...] cobrança ajustada no termo de composição de f. 23 pelo qual as partes dão por resolvida a relação ao contrato [...] por si só já é suficiente para determinar a procedência em relação à primeira autora [...] em resumo [...] a demandada não poderia promover inscrição [...] em cadastro de inadimplentes conforme documento de f. 28, uma vez que em janeiro de 2010 não havia mais relação de consumo ou saldo de dívida para ser reclamada da primeira requerente.
>
> A situação do segundo autor não é a mesma. Nenhum documento da inicial confirma a vinculação daquela dívida com o segundo requerente [...] o documento de f. 30 não contém a recusa, mas apenas algumas anotações sobre documentos de imóveis. Nada subsequente está relacionado aquele autor e nenhum outro menciona a sua pessoa e aquela dívida [...].

Consideradas as particularidades fáticas do litígio, acertada a solução do magistrado.

O termo de acordo firmado em audiência extrajudicial no Procon pelos contendores indica que a exclusão da dívida ficou clausulada à condição da empresa autora pagar à ré o importe de R$ 2.038,14 (dois mil, trinta e oito reais e quatorze centavos), na data de 20 de março de 2010 (f. 23-4).

A dívida só foi paga em 5 de abril de 2010 (f. 26), inexistindo nos autos qualquer protocolo ou comunicação de sua satisfação para fins de eliminação dos créditos anteriormente pendentes, tais como o que gerou a restrição na data de primeiro de janeiro daquele mesmo ano, quando o crédito da demandada ainda existia.

Assim, malgrado realmente indevida a permanência da inscrição do nome da pessoa jurídica apelante, a falta de postura proativa do ofendido, que não se valeu do título de quitação imediatamente após o adimplemento, aguardando até a data de 7 de janeiro de 2011 para ativar demanda, teve o condão de estender os efeitos do ilícito, merecendo ser levada em consideração no tocante ao arbitramento da condenação. Portanto, esse indicativo de desídia autoriza a manutenção do arbitramento dos danos morais ao porte menos expressivo de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), tal como decidido pelo juiz, aplicando-se à espécie as consequências da violação ao dever objetivo de mitigação de prejuízo (*duty to mitigate the loss*).

Quanto ao sócio correquerente, melhor sorte não lhe assiste à súplica.

O dano da pessoa jurídica é objetivo, só a ela diz respeito e, salvo demonstração de excepcionalidade, revela-se intransmissível aos seus componentes, que com ela não se confundem.

Assim, a negativação consumada tão somente em nome da empresa mostrou-se incapaz, no caso concreto, de irradiar, por si só, os efeitos na personalidade do segundo apelante.

Vencida essa assertiva, também inexiste qualquer demonstração de perda de chance de negócios pelo membro da limitada. O documento de f. 30, além de genérico, contém uma enorme gama de exigências para a concessão de um FCO (fundo constitucional de financiamento do Centro-Oeste), dentre as quais a de regularizar o nome da empresa, sem nenhuma indicação específica da negativação debatida na hipótese.

Assim, diante da falta de nexo causal entre o evento e a dor moral reclamada pelo sócio, a improcedência desse capítulo da pretensão deve permanecer incólume.

Quanto à fixação da sucumbência, mantido o resultado originário, a insurgência contra os honorários se justifica em mínima parte, apenas para acertá-los e não para excluir a recompensa financeira pelo exercício da defesa da demandada devida a seus advogados, oponível *ex vi legis*, estreme de pedido formal das partes.

Tratando-se de litisconsórcio facultativo simples, decomponível em dois pedidos independentes, a improcedência de um deles atrai a observância de uma ordem de proporção na determinação dos custos financeiros do litígio.

Bem por isso, avaliada a identidade no grau de zelo, densidade de esforço e tempo exigido para o serviço dos patronos dos contendores, tenho por bem equiparar a remuneração dos honorários, pelo que majoro aqueles concedidos aos advogados do polo ativo ao percentual de 15% sobre o valor da condenação e reduzo os outorgados aos procuradores do polo passivo ao patamar de R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais), conformando ao processo a previsão dos parágrafos terceiro e quarto do art. 20 do CPC.

Em face do exposto, conheço do apelo e dou-lhe parcial provimento apenas para reajustar os honorários advocatícios, elevando-os a 15% sobre o valor da condenação em prol dos advogados da empresa-autora e reduzindo a R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) aqueles outorgados aos procuradores da ré.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.032398-8 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUERES E ENCARGOS DA LOCACÃO – INDENIZAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS AO IMÓVEL – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – ALEGAÇÃO DE REVELIA – INOCORRÊNCIA – MÉRITO – ACERTO DA DECISÃO – PAGAMENTO DOS ALUGUERES AO MANDATÁRIO – AUSÊNCIA DE PROVAS DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO – DANOS COMPATÍVEIS COM O USO REGULAR DO IMÓVEL – APELO IMPROVIDO.

Afasta-se alegação de revelia, por suposto comparecimento espontâneo, pois este somente pode ser admitido se o réu o fizer pessoalmente ou por meio de advogado com poderes especiais para receber citação.

Segundo o artigo 686 do Código Civil, a revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram. O artigo 309, por sua vez, dispõe que o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda que provado depois que não era credor.

A boa-fé é presumida.

Os alugueres são devidos até a data da efetiva desocupação do imóvel.

Impossibilidade de indenizar, no caso concreto, os danos causados ao imóvel.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de dezembro de 2011.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Luiz Carlos da Silva Alexandre e Giselda Angelina Levatti Alexandre interpuseram recurso de apelação (f. 303-22), contra a sentença (f. 287-97) proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que julgou improcedentes os pedidos deduzidos na ação de despejo que movem em face de Edson Ricardo de Souza Lopes.

Suscitam incorreção e pedem reforma sob os seguintes argumentos: a) ao contrário do que decidiu o magistrado, o réu é revel, pois houve comparecimento espontâneo conforme os documentos de f. 146-9; b) o demandado não efetuou o pagamento dos alugueres e c) os danos causados ao imóvel são incompatíveis com o respectivo uso normal.

O recorrido apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso.

O processo dispensa a revisão (art. 511 do CPC).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

Luiz Carlos da Silva Alexandre e Giselda Angelina Levatti Alexandre propuseram ação de despejo por denúncia vazia em face Edson Ricardo de Souza Lopes distribuída ao Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande.

Suscitam incorreção e pedem reforma sob os seguintes argumentos: a) ao contrário do que decidiu o magistrado, o réu é revel, pois houve comparecimento espontâneo conforme os documentos de f. 146-9; b) o demandado não efetuou o pagamento dos alugueres e c) os danos causados ao imóvel são incompatíveis com o respectivo uso normal.

Antes da citação, houve constatação do abandono do imóvel e imissão de posse (f. 28), com a seguinte emenda da petição inicial para prosseguir como pretensão de cobrança de alugueres e encargos, cumulada com pedido de indenização pelos danos causados ao imóvel (f. 31-4).

Diante da dificuldade de localizar o réu, deferiu-se a citação por edital.

Em seguida, o réu compareceu aos autos para alegar a nulidade da citação ficta (f. 146-8), acostando o instrumento de procuração de f. 149, no qual **não foram outorgados poderes ao advogado para receber citação**.

O juízo afastou a alegação de nulidade, mas reputou suprida a citação, determinando em seguida a intimação do réu para, querendo, oferecer defesa no prazo legal, contado da intimação (f. 161).

O réu foi intimado no dia 3.6.2009 (f. 163) e apresentou contestação aos 18.6.2009 (f. 165), ou seja, no prazo de quinze dias.

Ultrapassada a fase instrutória, o juízo prolatou sentença julgando integralmente improcedentes os pedidos deduzidos pelos demandantes (f. 287-97) contra a qual aqueles interpuseram o recurso de apelação de f. 302-22, respondido pelo recorrido às f. 329-35.

Começo refutando a alegação de revelia, pois o comparecimento espontâneo somente pode ser admitido se o réu o fizer pessoalmente ou por meio de advogado com poderes especiais para receber citação. A jurisprudência nesse sentido é farta (Cf. STJ, REsp n. 877.057/MG, AgReg no AgReg no Ag n. 681.299/ES, REsp n. 747.057/ES, AgReg no REsp n. 650.543/SP).

Nenhuma dessas hipóteses ocorreu. O réu peticionou apenas para alegar a nulidade da citação editalícia e não outorgou ao advogado de poderes para receber citação, conforme mostra o mandato de f. 149.

Improcedem, também, os demais argumentos suscitados pelos recorrentes.

Colhe-se dos autos que aqueles outorgaram procuração à imobiliária Romeu Imóveis Ltda., na data de 31.5.1988, com amplos poderes para administrar o imóvel situado na Rua Juruema, n. 165, inclusive com previsão expressa para dar quitação (f. 7).

Referida imobiliária locou o aludido imóvel ao réu, que efetuava o pagamento dos alugueres àquela.

Conforme mostra o documento de f. 8, no dia 24.4.2000, os recorrentes revogaram o mandato. No entanto, restringiram-se a notificar a imobiliária, solicitando a esta que informasse ao locatário acerca da revogação.

Dessume-se que o réu continuou a efetuar o pagamento dos alugueres à imobiliária, que deu regular quitação.

Por seu turno, os autores não produziram prova destinada a infirmar a boa-fé do locatário, a qual, como se sabe, é presumida. A má-fé, por sua vez, deve ser provada.

Nessas circunstâncias, agiu com acerto o magistrado *a quo* ao entender que houve quitação dos alugueres, tendo em conta o disposto no artigo 309 do Código Civil, segundo o qual "*o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda que provado depois que não era credor"*.

A doutrina ensina que:

> [...] o artigo cuida da hipótese que o pagamento é feito de boa-fé a alguém que se comporta de modo a fazer com que o devedor acredite ser ele o próprio credor, ou seu representante. O pagamento será válido, ainda que essa pessoa não seja o credor ou seu representante. O credor putativo é aquele que, em razão de seu comportamento, parece ser o próprio credor. [...] Uma vez realizado o pagamento válido ao credor putativo, resta ao verdadeiro credor perseguir o crédito daquele que indevidamente o recebeu, pois o devedor originário está exonerado da obrigação (PELUZO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado:** doutrina e jurisprudência. 3. ed.. São Paulo: Manole, 2009. p. 282).

Aplica-se ao caso, ainda, o artigo 686 do Código Civil, que determina que "*a revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador*".

Ao contrário do que alegam os recorrentes, o fato de ter existido relação negocial entre a imobiliária e o inquilino não implica que este detinha conhecimento acerca da mencionada revogação do mandato.

Os aluguéis relativos ao período de setembro de 2002 até a data da imissão de posse (14.4.2003) também são indevidos, pois, consoante assinalou o magistrado *a quo*, restou incontroverso que a desocupação ocorreu em 15.10.2002, pois os autores, ao apresentarem réplica à contestação, não negaram esse fato.

Agiu com acerto o magistrado ao rejeitar o pedido de indenização pelos danos causados ao imóvel.

A uma, porque não houve vistoria de entrega, não sendo possível aquilatar o estado do imóvel no momento em que foi entregue em locação. A duas, porque o locatário desocupou o bem em 15.10.2002, ao passo que o autor imitiu-se na posse em 14.4.2003, não havendo como imputar àquele a responsabilidade pela falta dos lustres e de um armário, conforme descrito à f. 28. A três, porque, conforme apontou o magistrado, a relação locatícia se estendeu por aproximadamente 14 anos, de modo que os defeitos listados pelos autores à f. 38 são compatíveis com o uso normal do bem.

Em face do exposto, conheço do recurso interposto por Luiz Carlos da Silva Alexandre e Giselda Angelina Levatti Alexandre, 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. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.037140-5 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE CAUSADO PELO MOTORISTA DA EMPRESA EMPREGADORA – DANOS EXISTENTES – DEVER DE INDENIZAR – CULPA CONCORRENTE – AFASTADA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO ADEQUADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

Comprovado que foi o preposto da empresa quem deu causa ao evento apontado como danoso, embora não tenha ela praticado diretamente o ato ilícito, tem o dever de indenizar pelos prejuízos causados por seus empregados, sendo sua responsabilidade objetiva, nos termos dos artigos 927, 932 e 933 do Código Civil.

A fixação do valor devido a título de indenização por danos morais deve ocorrer com a utilização do prudente arbítrio do magistrado, para que não haja enriquecimento de um à custa do empobrecimento alheio, deve, entretanto, zelar o julgador para que o valor a ser fixado não seja irrisório.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de novembro de 2011.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelação cível interposta por Cristina Ojeda Freitas – ME – contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Elma Eugenio Tavares Rodrigues e outros.

A apelante alega, em síntese, que:

> [...] a vítima estava posicionada na direção da roda dianteira do veículo, de forma perigosa, vez que, bastou a mínima movimentação do veículo para atingi-la de forma fatal (f. 143).
>
> Considerando ser a vitima mecânico profissional não deveria estar posicionado na forma descrita no laudo necroscópico, vez que, poderia ocorrer qualquer imprevisto, como de fato ocorreu, o que caracteriza a sua culpa no sinistro (f. 143).

> A recorrida não demonstrou cabalmente que o Sr. Osmar seria de fato motorista do decorrente ou trabalhador eventual, vez que, a própria testemunha Wilson Rafael Lino, f. 101, declarou que sabia apenas que Osmar dirigia os carros dele isto é, da empresa, o que não configura vincula empregatício (f. 144).
>
> Outro fato importante é a ausência da confirmação do período em que Osmar poderia estar trabalhando para o recorrente, vez que, no momento do acidente a vitima estava efetuando reparos em um ônibus pertencente ao Sr. Domingos Divino (f. 16) (f. 144).
>
> [...] no caso, *sub judice*, não trouxe a recorrida quaisquer provas do suposto prejuízo moral sofrido (f. 145).

Ao final, requer "*seja recebido, conhecido e provido no sentido de reformar a r. sentença recorridas nos tópicos aqui mencionados, julgando IMPROCEDENTE o pedido inicial [...]"* (f. 81).

Alternativamente, postula que "*mantendo-se a condenação da recorrente ao pagamento de indenização a título de danos material e moral à recorrida, requer pela reforma do r. decisum, reduzindo-se o valor indenizatório na forma das razões anteriormente expostas, especialmente por estar comprovados nos autos que a vítima não exercia atividade remunerada há mais de 10 anos, conforme CTPS de f. 20*" (f. 148).

Os apelados, em contrarrazões, pugnam pelo improvimento do recurso (f. 159-67).

Elma Eugenio Tavares Rodrigues e outros recorrem adesivamente, sustentando, em suma, que: "*A r. sentença não lhe assiste maior sorte, quando julga parcialmente o pedido formulado na exordial, condenando o recorrido em R$ 30.000,00 a título de danos morais*" (f. 155).

Ao final, pugnam "*pela reforma parcial da sentença: a) condenando a recorrida a majoração do pagamento de indenização por danos morais, pois o valor do dano moral deve ser fixado em montante suficiente à reparação do prejuízo, observando o caráter penalizador e educativo da responsabilidade civil*" (f. 312).

A apelada, devidamente intimada, não apresentou contrarrazões, conforme certidão de f. 170.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se, como relatado, de apelações cíveis interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Elma Eugenio Tavares Rodrigues e outros em desfavor de Cristina Ojeda Freitas – ME.

Para melhor análise da questão, faço uma breve digressão fática dos acontecimentos.

Verifica-se dos autos que Elma Eugenio Tavares Rodrigues e outros ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais em desfavor de Cristina Ojeda Freitas – ME –, alegando, em síntese, que (i) no dia 17.5.2005 o Sr. Léo Farah Anunciação, marido e pai dos autores, que exercia a profissão de mecânico, executava serviços embaixo de um ônibus, quando, ao pedir ao motorista da ré que desse partida no veiculo, foi esmagado pela roda dianteira esquerda do ônibus, vindo à óbito no hospital de Bela Vista-MS; e (ii) o motorista da ré, Sr. Osmar Leandro Martins, agiu com manifesta culpa no evento danoso, porquanto

acionou a partida do motor do pesado veículo sem tomar as devidas precauções, tais como verificar o posicionamento do câmbio, calçar as rodas do ônibus etc., sendo certo que a sua imperícia foi a causa da morte da vítima.

Ao final, requereram a condenação das rés ao ressarcimento dos danos materiais, pois a viúva dependia do *de cujus* para o sustento próprio, no valor de 2/3, por mês, da remuneração do falecido, desde a data do acidente (17.5.2005) até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, bem como dos danos morais no valor de 200 salários-mínimos para a viúva e 50 salários-mínimos para cada filho.

As rés, em contestação, arguiram a ilegitimidade ativa dos autores, pois não foi aberto inventário/arrolamento, por isso as partes careceriam de capacidade para postular em juízo, bem como sua ilegitimidade passiva, visto que o motorista que causou o acidente, Sr. Osmar Leandro Martins, não é empregado seu, portanto não há responder por dano causado por terceiro estranho.

O juízo de origem, ao proferir sentença, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais,

> [...] para condenar as rés ao pagamento de 2/3 do salário mínimo por mês à viúva da vítima, até que esta completasse 65 anos de idade, bem como indenização a titulo de danos morais, que fixo no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), levando-se em conta que prestigia o caráter penalizador e educativo da responsabilidade civil e, ao mesmo tempo, entendendo que o valor atribuído para este fim não serve para restituir o *status quo ante*, mas apenas trazer um lenitivo para a dor, o sofrimento, que, deveras, sempre permanecerá com os autores, em razão da perda do pai e marido. Tais valores, a serem apurados, devem ser corrigidos pelo IGPM/FGV a partir da sentença, com incidência de juros de mora a partir do evento danoso, conforme súmula 54 do STJ (f.).

Inconformadas, as partes interpuseram recurso.

A apelante Cristina Ojeda Freitas – ME – alega, em síntese, que (i) *"[...] a vítima estava posicionada na direção da roda dianteira do veículo, de forma perigosa, vez que, bastou a mínima movimentação do veículo para atingi-la de forma fatal*" (f. 143); (ii) "*considerando ser a vítima mecânico profissional não deveria estar posicionado na forma descrita no laudo necroscópico, vez que, poderia ocorrer qualquer imprevisto, como de fato ocorreu, o que caracteriza a sua culpa no sinistro*" (f. 143); (iii) "*a recorrida não demonstrou cabalmente que o Sr. Osmar seria de fato motorista do decorrente ou trabalhador eventual, vez que, a própria testemunha Wilson Rafael Lino, f. 101, declarou que sabia apenas que Osmar "dirigia os carros dele" isto é, da empresa, o que não configura vincula empregatício*" (f. 144); (iv) "*outro fato importante é a ausência da confirmação do período em que Osmar poderia estar trabalhando para o recorrente, vez que, no momento do acidente a vitima estava efetuando reparos em um ônibus pertencente ao Sr. Domingos Divino (f. 16)*" (f. 144); e (v) "*[...] no caso, sub judice, não trouxe a recorrida quaisquer provas do suposto prejuízo moral sofrido."* (f. 145).

Os apelantes Elma Eugenio Tavares Rodrigues e outros, por sua vez, insurgem-se somente quanto ao valor da indenização por danos morais, fixado pelo magistrado de piso em R$ 30.000,00.

Dado o entrelaçamento das questões deduzidas, aprecio conjuntamente os recursos.

Os recursos não merecem provimento.

Dito isso, verifico que, com relação à matéria trazida no recurso, a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcrevo trechos dela que servem para embasar a presente decisão:

Aduzem os autores que viram-se tolhidos da presença de seu marido e genitor por culpa do empregado da ré, um motorista profissional que ligou o ônibus Mercedes Benz enquanto a vítima trabalhava embaixo do veículo.

Ocorre que a ré sustenta que o Sr. Osmar Leandro Martins não era empregado seu, motivo pelo qual requer a declaração de sua ilegitimidade passiva para lide, contudo, no decorrer da instrução processual restou demonstrado que o Sr. Osmar realmente pertencia, mesmo que não registrado formalmente, aos quadros da empresa ré.

Com efeito, as três testemunhas arroladas pelos autores, devidamente compromissadas, afirmaram que o Sr. Osmar era empregado da ré, senão vejamos:

Testemunha Maria Ivanir Pereira Lima: "[...] Conhece Osmar Leandro Martins, motorista de ônibus da empresa ré, sabendo que ele é um homem alto, que usa óculos...[...] - f. 100.

Testemunha Wilson Rafael Lino: "[...] Conhece a pessoa de Osmar Leandro Martins que trabalhava como motorista da empresa ré [...]" f. 101

Testemunha Adalberto Silva: "[...] Presenciou quando o Eduardo, filho da vítima, telefonou, utilizando o aparelho da casa do depoente, para Bela Vista, para obter informações sobre o acidente que acabara de ocorrer. Eduardo falou com um homem a quem ele chamava de Gauchinho, que Eduardo Dizia ser o patrão de seu pai [...]" f. 102

Esta última testemunha levanta ainda a possibilidade da própria vítima ter sido empregado da ré, contudo, essa não foi a vertente levantada pelos autores na petição inicial.

Assim, e considerando o fato de que não existem nos autos nenhum outro indício de que as testemunhas faltaram com a verdade, entendo que o autor se desincumbiu do seu ônus probatório fixado por força do art. 333, I do CPC.

Saliente-se que estamos diante do que se convencionou chamar de "responsabilidade civil objetiva", em que conduta do agente causador do dano, conquanto dolosa ou culposa, é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e o ato do agente, para que surja o dever de indenizar.

As teorias objetivistas da responsabilidade civil procuram encará-la como uma mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente.

Nesse vértice, dispõe o Código Civil Brasileiro:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – [...]

II – [...]

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

> Essa previsão legal afasta qualquer alegação de não responsabilidade do empregador pelos atos dos seus prepostos, não havendo motivo para não se incluir também em relação a lesões extrapatrimoniais.
>
> A redação do art. 932 demonstra que esta responsabilização independe do dolo específico do empregador, satisfazendo-se com a culpa (*in vigilando*, quando decorre da falta de atenção com o procedimento de outrem, ou *in eligendo*, decorrente da má escolha do preposto).
>
> Contudo, vale destacar que a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria interpreta os dois dispositivos no sentido de que "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto" (Súmula n. 341), o que demonstra cabal e inequivocamente esta responsabilização legal por ato de terceiros, o que responde a uma responsabilidade objetiva (ou, no mínimo, a uma responsabilidade civil com culpa presumível *juris tantum*).
>
> Não se deve erigir a grau absoluto a responsabilidade objetiva do empregador, porquanto o nosso sistema jurídico prevê certas atenuantes ou excludentes da responsabilidade civil objetiva, de sorte que as rés arguiram a ocorrência de culpa concorrente, uma vez que o motorista e a vítima concomitantemente teriam colaborado para o resultado lesivo, contudo, não há que se considerar essa hipótese, uma vez que ao solicitar ao motorista que desse a partida no motor do ônibus, o mecânico certamente se manteve embaixo do veículo para constatar o funcionamento deste, não podendo fazê-lo sem estar exposto àquele risco.
>
> Ora, é completamente razoável que exposto à perigo, a vítima confiasse sua segurança a um motorista profissional.

Assim sendo, afasto a hipótese de culpa concorrente.

> De fato, são requisitos para a imputação da responsabilidade objetiva: conduta (ação ou omissão), dano e nexo de causalidade, não sendo exigido, portanto, a demonstração da culpa do agente.
>
> A conduta restou incontroversa, posto que as rés reconheceram o fato de que o Sr. Osmar foi quem deu a partida no motor do ônibus, da mesma sorte o dano, e quanto ao nexo de causalidade, restou inexoravelmente demonstrado na certidão de óbito (f. 13), em que consta como *causa mortis* o esmagamento torácico da vítima.
>
> Diante de todo o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos elencados na inicial para condenar as rés ao pagamento de 2/3 do salário mínimo por mês à viúva da vítima, até que esta completasse 65 anos de idade, bem como indenização a titulo de danos morais, que fixo no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), levando-se em conta que prestigia o caráter penalizador e educativo da responsabilidade civil e, ao mesmo tempo, entendendo que o valor atribuído para este fim não serve para restituir o *status quo ante*, mas apenas trazer um lenitivo para a dor, o sofrimento, que, deveras, sempre permanecerá com os autores, em razão da perda do pai e marido. Tais valores, a serem apurados, devem ser corrigidos pelo IGPM/FGV a partir da sentença, com incidência de juros de mora a partir do evento danoso, conforme súmula n. 54 do STJ. (destaquei)

De fato, comprovado que foi o preposto da empresa quem deu causa ao evento apontado como danoso, embora não tenha ela praticado diretamente o ato ilícito, tem o dever de indenizar pelos prejuízos causados por seus empregados, sendo sua responsabilidade objetiva, nos termos dos artigos 927, 932 e 933 do Código Civil, assim redigidos:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e art. 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
>
> III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
>
> Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Desse modo, são requisitos para a imputação da responsabilidade objetiva: conduta (ação ou omissão), dano e nexo de causalidade, não sendo exigida, portanto, a demonstração da culpa do agente, nos moldes da Súmula n. 341 do Supremo Tribunal Federal[1].

No caso, consoante bem anotou o magistrado de origem, a conduta restou incontroversa, pois a empresa ré reconheceu o fato de que o Sr. Osmar foi quem deu a partida no motor do ônibus, do mesmo modo o dano, e quanto ao nexo de causalidade, restou demonstrado na certidão de óbito (f. 13), em que consta como *causa mortis* o esmagamento torácico da vítima.

Anote-se, por necessário, que a prova testemunhal restou incontroversa no sentido de que o Sr. Osmar, de fato, era empregado da empresa apelante (f. 100-2).

Por outro lado, ao contrário do que alega a empresa recorrente, também não há falar em culpa concorrente, pois o mecânico, ao solicitar ao motorista que ligasse o ônibus, certamente se manteve embaixo do veículo para constatar o funcionamento, não podia, por conseguinte, fazê-lo sem estar exposto àquele risco.

Por tais razões, escorreita a sentença que condenou Cristina Ojeda Freitas – ME – ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Nesse sentido, eis a jurisprudência desta Corte Estadual:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - CULPA CONCORRENTE - AFASTADA - RESPONSABILIDADE CIVIL - POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - LUCROS CESSANTES - NÃO COMPROVAÇÃO - MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO - RECURSO DA RÉ-APELANTE IMPROVIDO - RECURSO DO AUTOR PROVIDO PARCIALMENTE.
>
> Estando comprovado que a ação do preposto da apelante em conduzir o veículo sem adoção das cautelas necessárias, resultou no acidente de trânsito, forçoso concluir pela responsabilidade solidária da empresa em indenizar pelos danos decorrentes.
>
> É possível a condenação cumulativa pelo dano moral e pelo dano estético quando distintas as suas causas.
>
> Afasta-se a condenação em lucros cessantes se não há provas convincentes a justificar o arbitramento.
>
> Valor da indenização por danos morais majorado, devendo ser corrigido pelo IGPM/FGV a partir do arbitramento, com incidência de juros de mora a partir do evento danoso, conforme súmula n. 54 do STJ.[2]

1 É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

2 TJMS, AC n. 2010.016036-9, QuintaTurma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 30.9.2010, DJ n. 2.291 de 6.10.2010.

Pois bem. Fixada essa premissa, em relação à quantia arbitrada a título de danos morais, não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o *quantum* a ser fixado a título de indenização por dano moral. De fato, esta é uma questão subjetiva, que obedece a critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao ofensor.

A determinação da quantia devida, a título de danos morais, fica ao arbítrio do juiz e deve ater-se aos prejuízos morais sofridos pela vítima, obedecendo aos pressupostos essenciais para a sua fixação.

Portanto, na quantificação do dano moral, deve-se levar em conta critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Sopesando esses fatores, no caso dos autos o valor da indenização fixado em R$ 30.000,00 dever ser mantido, atendendo, assim, aos objetivos da responsabilização civil.

Ante o exposto, nego provimentos aos recursos, mantendo intacta a sentença hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 23 de novembro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2011.028515-2/0001-00 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – CONDUÇÃO À DELEGACIA PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS – INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – DANOS MORAIS – NÃO OCORRÊNCIA – MERO ABORRECIMENTO E DISSABOR – SENTENÇA MANTIDA – REDISCUSSÃO DE MATÉRIA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Deve ser mantida a decisão impugnada, se o recorrente pretende apenas a rediscussão da matéria, sem trazer fato novo, capaz de promover a modificação do *decisum.*

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de novembro de 2011.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de agravo regimental interposto por Augusto Botelho Batista contra decisão monocrática (f. 184-8) proferida nos autos da apelação cível, manejada nos autos da ação indenizatória por danos morais promovida em desfavor da Vivo S.A.

O agravante, em síntese, sustenta que:

> *In casu*, ao negar provimento ao recurso de apelação do agravante e manter a sentença do juízo singular, o nobre relator agiu em desacordo com os parâmetros usuais das Cortes Superiores, notadamente por tratar-se de flagrante constrangimento ilegal causado pelo agravado (f. 192).
>
> Desse modo, teve seu nome envolvido em fatos criminosos, em virtude do erro de cadastramento em seu nome, onde a própria agravada sustenta a hipótese de fraude na contratação das referidas linhas telefônicas, não restando dúvidas acerca da desídia da agravada, devendo esta ser responsabilizada pelos danos causados (f. 192).
>
> Assim, tanto pela inversão do ônus da prova quanto pela não apresentação da contratação das linhas pelo agravante, restou comprovado que o autor não é titular das linhas que vinham sendo utilizadas, seja para que fins, sendo convocado para prestar esclarecimentos acerca da titularidade da linha atrelada ao aparelho furtado, inclusive

sendo inquirido entre outras questões que informasse se não estava de posse do aparelho e que comprovasse a desvinculação da linha a sua pessoa (f. 192).

E não se diga que o fato de ser submetido o interrogatório em delegacia não traga sofrimento, angústia a pessoa de bem que sequer contribuiu para o crime e para a fraude de ativação de linha que pôde ser utilizada para fins ilícitos, sendo objeto de investigação policial (f. 193).

Insta salientar que a empresa-ré deixou de anexar documentos pessoais, necessários para a concretização de um contrato de telefonia (cópia do contrato, cópia da identidade, cópia do CPF, comprovante de residência, etc.), devendo arcar com os riscos do empreendimento, afastando desta forma a tese de fato de terceiro (f. 193).

Ao final, o agravante pugna pelo recebimento do presente agravo interno (f. 194-5).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

A decisão atacada tem o seguinte teor (f. 184-8):

[...]

Com efeito, o caso em análise cinge-se à alegação do ora apelante de que sofreu constrangimento e ofensa moral, em razão de ter sido "[...] surpreendido por uma visita inesperada de um policial intimando-o a comparecer na delegacia de polícia, a fim de prestar esclarecimentos a respeito de um furto, sendo, ainda, transportado de camburão até a sede da empresa recorrida, sendo cercado de curiosos e descobrindo ser detentor de mais duas linhas é quanto basta à configuração do dano moral" (f. 168).

O juízo de origem julgou improcedente o pedido formulado na inicial, por entender que "[...] a análise do caso leva à conclusão de que o autor não faz jus a qualquer indenização relativa aos fatos narrados na inicial. Isso porque, segundo consta, a pretensão ressarcitória está intimamente ligada ao fato de ter sido alvo de investigação criminal [...]. Por outro lado, não se vislumbra que tenha sido a ré a causadora dessa 'condução', e, o fato de o policial ter ficado ao lado do requerente no interior do estabelecimento da requerida traduz o próprio desempenho da função daquele, pois precisava estar ali para colher dados para a investigação. É o caso, portanto, de mero dissabor não indenizável, já que o requerente não demonstrou qualquer abalo além daquele indissociável do fato de ter sido chamado a prestar informações na Depol e posteriormente ter sido levado ao estabelecimento requerido para melhor elucidação" (f. 156-7).

De fato, para que reste caracterizado o dano moral, não basta que a conduta alegadamente ilícita tenha causado aborrecimento ou dissabor àquele que se diz ofendido, pois é necessário que os valores atingidos sejam maiores, isto é, que ultrapassem o limite do razoável.

O caso dos autos, há que se reconhecer, retrata uma situação desagradável, mas que pode ocorrer no cotidiano de qualquer cidadão e que, no caso, não teve o condão de atingir o direito de personalidade do ora apelante, isto é, sua honra, sua imagem, seu bom nome, não lhe causando, portanto, dor ou sofrimento que possa ser configurado como dano moral.

[...]

> Ante o exposto, forte no art. 557, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso para manter incólume a decisão hostilizada.

Reexaminei os autos em razão da interposição do presente regimental e não me convenci da necessidade de modificar o posicionamento que adotei ao decidir monocraticamente a apelação cível.

Repise-se, por oportuno, que a condenação por danos morais restou afastada, pois, de fato, não se encontra demonstrado nos autos, satisfatoriamente, a existência do aludido abalo emocional ocasionado ao ora agravante pela ofensa que alega ter sofrido.

Com efeito, cediço que apenas o dano material efetivo é indenizável, não sendo reparável o dano hipotético, motivado, no caso, pela conduta alegadamente ilícita que teria causado aborrecimento ou dissabor ao ora agravante, pois é necessário que tenha atingido valores maiores, isto é, aqueles que ultrapassam o limite do razoável.

Destarte, não tendo o agravante trazido argumentos capazes de alterar a decisão monocrática atacada, mantém-se por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, conheço do presente 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. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 9 de novembro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2011.028962-4/0001-00 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PLANO DE SAÚDE – UNIMED – TRATAMENTO MÉDICO QUIMIOTERÁPICO – PROCEDIMENTOS SOLICITADOS PELA EQUIPE MÉDICA – *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* – DEMONSTRADOS – DECISÃO MANTIDA – REDISCUSSÃO DE MATÉRIA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Deve ser mantida a decisão impugnada, se a recorrente pretende apenas a rediscussão da matéria, sem trazer fato novo, capaz de promover a modificação do *decisum.*

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de novembro de 2011.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de recurso de agravo regimental interposto por Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico – contra decisão monocrática (f. 180-3) proferida nos autos do recurso de agravo de instrumento, manejado nos autos da ação de obrigação de fazer promovida por Antônio Carlos Paluri.

A cooperativa-agravante sustenta, em síntese, que:

> Não pode ser considerado manifestamente improcedente, ou mesmo passível da incidência da multa estabelecida pelo § 2º, do art. 557, do CPC, uma vez que as teses aqui deduzidas, tal qual aquelas aduzidas razões de apelo originário, tem respaldo em legítimos julgados proferidos nos mais diversos foros de nosso país e abalizadas por diversas teses, dissertações, artigos e comentários dos mais ilustres doutrinadores pátrios, que foram colacionados nos autos (f. 16-44) (f. 188).
>
> Outrossim, haja vista o princípio da unirrecorribilidade, onde para cada decisão deve haver um único recurso apropriado, para que a ora agravante atinja as instâncias superiores é necessária a interposição do presente agravo regimental, já que entende que o julgado monocrático e na decisão da instância singela foi negada a vigência de normas constitucionais e infraconstitucionais (f. 188).

> A necessidade do julgamento colegiado do reclamo originário se baseia no fato de que a aplicação do art. 557, do CPC, apesar de ser uma inovação bem vida, deve ser cercar de certos cuidados, e a agravante no caso em comento, acredita que a matéria recursal apresentada no seu reclamo merece uma apreciação Colegiada deste Tribunal em prestígio ao instituto do duplo grau de jurisdição e porque as matérias ventiladas no recurso possuem nuances e peculiaridades que não se enquadram nos moldes estabelecidos pelo comando legal (f. 189).
>
> Ora, Excelências, é evidente que incumbia ao agravado demonstrar a impossibilidade de substituição, o que não ocorreu *in casu*, daí que a manutenção da decisão que deferiu a tutela antecipada, por ora, é medida que merece reforma (f. 190).

Ao final, requer *"[...] em juízo de retratação a reforma da decisão monocrática, ou alternativamente, o conhecimento e provimento do presente agravo regimental para que esta Colenda Corte analise todas as matérias submetidas à apreciação judicial, e julgue totalmente procedente o agravo originário reformando o decisum da primeira, deferindo-lhe a pretensão recursal com a revogação e/ou suspensão liminar concedida no feito originário, comunicando ao juiz tal decisão, nos termos do artigo 527, III, do CPC [...]*" (f. 191).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

A decisão agravada tem a seguinte dicção (f. 180-3):

> [...]
>
> De pronto, é preciso consignar que todo e qualquer plano ou seguro de saúde está submetido às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo relativa ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35, da Lei n. 9.656/1998, assim redigido:
>
> [...] aplicam-se as regras desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada ao consumidor com contrato já em curso a possibilidade de optar pelo sistema previsto nesta lei.
>
> Anote-se que o juiz de origem deferiu o pedido da tutela antecipada, por entender que, no caso concreto, faz-se presente o *fumus boni iuris*, da mesma forma que constato, no presente instrumental, que se encontra comprovada nos autos a presença da verossimilhança das alegações postas em juízo (f. 97-119).
>
> Ora, cediço que a antecipação de tutela só pode ser concedida mediante o concurso dos requisitos dispostos no artigo 273, do CPC, quais sejam, a verossimilhança das alegações e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.
>
> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ensinam que "a verossimilhança a ser examinada pelo juiz, em sede de tutela antecipada, deve considerar [...] (i) o valor do bem jurídico ameaçado, (ii) a dificuldade de o autor provar sua alegação, (iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras da experiência, e (iv) a própria urgência descrita".
>
> Afirmam ainda os mencionados autores que "quando se fala em antecipação da tutela, pensa-se em tutela que deve ser prestada em tempo inferior àquele que será necessário para o término do procedimento. Como a principal responsável pelo gasto de tempo no processo é a produção de prova, admite-se que a tutela seja concedida com a postecipação da produção de prova […]" [1]

1 **Manual do Processo de Conhecimento**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 245.

> No caso, insista-se, o perigo de dano irreparável está evidenciado, diante da existência da doença do agravante, consoante depreende-se da análise dos laudos apresentados pelos médicos responsáveis pelo paciente (f. 113-119), pois o mesmo é portador de síndrome nefrótica secundária à glomerunefrite membrano-proliferativa tipo I.
>
> [...]
>
> Diante de tais ponderações, é inquestionável a existência de perigo de dano irreparável na situação em comento, bem como da verossimilhança do alegado, pois a saúde do ora agravado pode restar comprometida se o procedimento não for realizado na forma da recomendação médica contida nos presentes autos.
>
> Ante o exposto, forte no artigo 557, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pela Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico.

Reexaminei os autos em razão da interposição do presente regimental e não me convenci da necessidade de modificar o posicionamento que adotei ao decidir monocraticamente o agravo de instrumento, isto porque evidente o intuito da cooperativa-agravante de tão somente rediscutir a matéria já decidida.

Sobre o tema, eis o entendimento consolidado desta Turma Cível:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Se o agravante pretende apenas a rediscussão da matéria apreciada no recurso, a decisão vergastada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Recurso conhecido e improvido.[2]

Nesse sentido, nos exatos termos do entendimento adotado pela decisão ora combatida, o agravado obteve êxito na demonstração da fumaça do bom direito e do perigo da demora, requisitos que autorizam a concessão de tutela antecipada, a teor do disposto no art. 273 do Código de Processo Civil.[3]

Anote-se, por derradeiro, que é firme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, mesmo que a decisão monocrática tenha apreciado questões que não poderiam ser decididas com base no artigo 557 do CPC, a manifestação do Colegiado, após ser provocado pela interposição de agravo regimental, tem o condão de sanar eventuais vícios no julgamento monocrático.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PARCIAL PROVIMENTO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. CRÉDITO PRÊMIO DO IPI. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. VIGÊNCIA DO ESTÍMULO FISCAL ATÉ 5 DE OUTUBRO DE 1990. ALÍQUOTAS APLICÁVEIS À REPETIÇÃO. RESOLUÇÃO CIEX N. 02/79. ILEGALIDADE. [...] 3. Eventual nulidade advinda do julgamento por decisão monocrática de questão que deveria ser submetida ao colegiado resta sanada se, posteriormente, há o manejo de agravo regimental que provoca o pronunciamento da Turma. (Precedentes: REsp n. 853.705/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 15.5.2007, DJ de 25.5.2007; REsp n. 791856/SP, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 16.5.2006, DJ de 14.6.2006; REsp n. 797817/SP, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado,

2 AgReg em Ag n. 2009.020051-1/0001-00, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, DJ de 8.9.2009.

3 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; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

julgado em 6.6.2006, DJ de 30.6.2006) 4. *In casu*, a questão concernente à definição das alíquotas aplicáveis ao cálculo do crédito-prêmio do IPI para fins de repetição de diferenças indevidas não se encontra albergada na norma insculpida no art. 557, § 1º-A, do CPC, por isso que deveria ter sido objeto de apreciação pelo colegiado. Entrementes, o presente agravo regimental tem o condão de provocar o pronunciamento desta Turma de Direito Público acerca da matéria, sanando a referida nulidade. [...].[4]

Assim, não tendo a cooperativa-agravante trazido argumentos capazes de alterar a decisão monocrática atacada, mantém-se por seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 9 de novembro de 2011.

***

4 AgReg no AgReg no REsp n. 800.578/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 6.11.2008, DJ de 27.11.2008.

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.023923-4 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – TRANSPORTE AÉREO – PREPARO VIA *INTERNET* – DESERÇÃO AFASTADA – CANCELAMENTO DE VOO – ACIDENTE COM AERONAVE – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELA COMPANHIA AÉREA – AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA – PASSAGEIRO ARCOU COM DESPESAS DE TRANSPORTE, HOSPEDAGEM, TRANSLADO – DANOS MATERIAS E MORAIS CONFIGURADOS – VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Constatado que no comprovante de pagamento do preparo, efetuado via *internet bankline*, contém o código de barras que confere com a guia de recolhimento judicial, emitida pelo próprio Tribunal, além da própria autenticação da instituição financeira responsável pelo recolhimento, não há falar em deserção. 2. Volvendo a questão da existência ou não da excludente de responsabilidade, restou incontroverso que o cancelamento do voo se deu em razão do acidente com aeronave, sem a participação da empresa aérea, porém, independente disso, a lesão que se pretende indenização advém do tratamento dispensado aos passageiros, que, na ausência da prestação de assistência pela empresa após cancelamento de voo, tiveram de arcar com as despesas daí advindas, como transporte, hospedagem, alimentação etc. 3. Mostrou-se inadequado o proceder da companhia prestadora de serviços no tratamento dispensado aos usuários, restando configurado o dever de indenizar, pois, quanto aos danos morais, trata-se de situação que escapa, em muito, do que se concebe por mero desgosto e aborrecimento do cotidiano. Essa indiferença, esse desrespeito pelo consumidor é que configura a sensação de mal-estar, de constrangimento e até de humilhação e de indignidade, e não um simples aborrecimento, como sustentado. O dano moral é indiscutível. 4. A quantia arbitrada é suficiente para compensar o abalo moral suportado pela apelada e, consequentemente, suficiente para inibir a apelante de voltar a praticar o mesmo ato, daí que, dessa forma, não há enriquecimento ilícito de uma parte nem causa de empobrecimento de outra, atendendo tanto a situação das partes quanto a função compensatória da indenização e a natureza da sanção. 5. Os danos materiais restaram comprovados por prova documental apenas com relação ao valor despendido com as passagens aéreas, o qual deverá ser ressarcido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 20 de outubro de 2011.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

VRG Linhas Aéreas S/A apela da sentença proferida na Ação Indenizatória que lhe move Patrícia Maria Machado Borges, na qual foram deferidos parcialmente os pedidos contidos na inicial para condená-la ao pagamento dos valores, atualizados, despendidos com os bilhetes aéreos, deduzida a taxa administrativa no percentual de 20%, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 5.000,00, corrigido a partir da sentença com base no IGPM, com juros de 1% ao mês a partir da citação.

Sustenta, em síntese, ausência de responsabilidade em face da ocorrência de caso fortuito ou força maior, visto que o cancelamento do voo deu-se em virtude de o tráfego aéreo ter-se intensificado, dada à proximidade dos fatos com o acidente ocorrido com aeronave da empresa TAM. Sustenta ter o julgador singelo entendido pela ausência de prova acerca dos fatos que excluíram sua responsabilidade. Assevera que a intensificação do tráfego aéreo após o fatídico acidente tornou-se fato notório, dispensando comprovação, nos termos do art. 334, I, do CPC. Defende que a existência de caso fortuito ou força maior rompe o nexo de causalidade, fazendo com que cesse o dever de indenizar, inclusive quanto aos danos morais, uma vez que ficou impossibilitada de prestar assistência à apelada com o oferecimento de hotel, alimentação e translado, dado o tamanho do afluxo de passageiros nos aeroportos paulistas. Ademais, sustenta não ser cabível dano moral a partir de mero aborrecimento nem por descumprimento contratual. Com relação ao *quantum* indenizatório, aduz que deve respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de forma a evitar o enriquecimento ilícito. Concernente aos danos materiais, defende ter a condenação pautado em supostas afirmações da apelada, mas não em documentos fidedignos. Ao final, pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais ou que haja a redução do valor da indenização por danos morais.

Em contrarrazões, pleiteou-se a deserção do recurso em razão de o recolhimento do preparo ter ocorrido via *Internet* e, no mérito, seu improvimento (f. 198-206).

Às f. 209 determinou-se à VRG Linhas Aéreas S/A a demonstração da autenticidade do comprovante de recolhimento do preparo, tendo sido acostado aos autos a certidão de f. 219, com posterior justificação da impossibilidade de demonstração da vinculação do preparo ao processo, dada à falha do sistema deste Tribunal, diante da negativa de inclusão dos dados do processo no sistema de emissão das guias de preparo (f. 223-6), justificativa aceita por este julgador.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de apelação manejado por VRG Linhas Aéreas S/A em face da sentença proferida nos autos da Ação Indenizatória que lhe move Patrícia Maria Machado Borges, objetivando a reforma da sentença para a improcedência de todos os pedidos ou a redução da indenização por danos morais.

Suscitou a apelada, nas contrarrazões, preliminar de deserção, em razão do recolhimento do preparo ter ocorrido via *Internet*, vindo a ferir o disposto no art. 3º do Provimento n. 10/2004.

No entanto, entendo que sem razão, tendo em vista a regularização do preparo pela apelante com a apresentação da certidão de f. 219, a qual demonstra a autenticidade do recolhimento do preparo.

Ademais, esta Turma, em caso semelhante, tem entendido ser possível o recolhimento do preparo via *Internet*, quando o comprovante contiver o código de barras que confere com a guia de recolhimento judicial, como no presente caso. Veja:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA C/C DANOS MORAIS - NÃO RECEBIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO DA EMPRESA-

> RÉ - PAGAMENTO DO PREPARO VIA *INTERNET BANKLINE* - POSSIBILIDADE - COMPROVANTE DE PAGAMENTO QUE CONFERE COM OS DADOS ESSENCIAIS DA GUIA DE RECOLHIMENTO JUDICIAL EMITIDA PELO PRÓPRIO TRIBUNAL - RECURSO PROVIDO, PARA O FIM DE AFASTAR A DESERÇÃO E DETERMINAR O RECEBIMENTO DO APELO. **Constatado que no comprovante de pagamento do preparo, efetuado via *internet bankline*, contém o código de barras que confere com a guia de recolhimento judicial, emitida pelo próprio Tribunal, além da própria autenticação da instituição financeira responsável pelo recolhimento, não se há falar em deserção.** Ademais, o provimento n. 64, de 15 de agosto de 2011, da E. Corregedoria-Geral de Justiça, que dispõe sobre os procedimentos para viabilizar o recolhimento da taxa judiciária em conformidade com a Lei n. 3.779/09, que instituiu o Regimento de Custas do Estado de Mato Grosso do Sul, não veda a juntada de comprovante de pagamento pela via do serviço *internet banking*, mas apenas o comprovante de depósito realizado por meio de envelope em caixa eletrônico de auto-atendimento. Precedente. (Ag n. 2011.025276-8, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, DJ n. 2.511 de 26.9.2011) – destaquei.

Assim, afasto a preliminar.

Quanto ao recurso de apelação, melhor sorte não socorre a apelante, visto que, em que pesem suas alegações, a meu ver, a sentença deve ser mantida, conforme adiante se demonstrará.

Versa a lide sobre pedido de indenização por danos materiais e morais decorrentes da má-prestação de serviços pela apelante, em razão do cancelamento de voo decorrente de acidente ocorrido com aeronave da TAM, impossibilitando o pouso e decolagem de aeronaves no aeroporto de Guarulhos-SP e ausência de assistência à apelada.

Assim, importa analisar, primordialmente, o fato de a apelante poder ou não ser responsabilizada pelos danos advindos do cancelamento do voo contratado pela apelada, já que alega que o cancelamento bem como a ausência de assistência decorreram de força maior, ou seja, de uma excludente de responsabilidade.

Pois bem, inicialmente, convém anotar ser pacífico o entendimento de que os contratos de transporte, inclusive os de transporte aéreo, submetem-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, como afirmado na sentença. Aliás, a disciplina contratual não impede a observância das regras cogentes da lei consumerista nem o contrato está imune às normas constitucionais que asseguram o direito à indenização por danos morais sofridos. Assim, a responsabilidade civil, qualquer que seja ela, funda-se no princípio elementar do Direito, o *neminem leadere*, de forma que todo aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (CC, art. 186) e, em razão disso, fica sujeito ao dever de indenizar (CC, art. 927).

Volvendo a questão da existência ou não da excludente de responsabilidade, entendo que a alegação da apelante não pode servir para exonerar sua responsabilidade. Com efeito, os problemas advindos do acidente aéreo citado devem ser considerados como um risco do empreendimento da companhia demandada, que não a exime da necessária reparação, em caso de lesão aos direitos dos usuários dos seus serviços. Nesse sentido, é assente a jurisprudência:

> APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. TRANSPORTE AÉREO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE OFERECIDO PELA RÉ. ATRASO NO VOO SUPERIOR A CINCO HORAS. PERDA DE CONEXÃO E DECORRENTE PERDA DA ATIVIDADE PREVISTA NO PACOTE TURÍSTICO ADQUIRIDO. CONDIÇÕES CLIMÁTICAS FAVORÁVEIS, NÃO DANDO SUFRÁGIO À DEFESA DA RÉ. As condições climáticas atestadas pelo documento recebido do Ministério da Defesa indicam que, no período da

> noite, quando estava prevista a decolagem do avião operado pela ré, não havia óbice ao tráfego aéreo. Atraso decorrente dos transtornos ocasionados pelo acidente com o avião da TAM, ocorrido três dias antes, não demonstrado. Desta forma, resta certa a obrigação de indenizar. DANOS MATERIAIS. DEMONSTRAÇÃO. O prejuízo material decorrente dos fatos restou comprovado por recibos que atestam a compra de passagem aérea pela autora, no dia seguinte, com destino a Campo Grande/MS, em virtude da perda do voo de conexão incluído no pacote turístico. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. A prestação defeituosa dos serviços interferiu no planejamento de férias da autora, com atividades programadas a partir da primeira hora da tarde do dia previsto para a chegada. Além disso, a espera por mais de cinco horas sem informações precisas acerca do motivo do atraso constitui abalo psicológico que ultrapassa os limites da tolerância, notadamente porque a autora tinha horário para chegar ao destino, a fim de tomar o voo que partia da capital paulista. QUANTIFICAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Atentando aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como precedentes jurisprudenciais no enfrentamento de questões parelhas, mostra-se bem dosada a quantia de R$ 6.000,00, corrigida pelo IGP-M a partir da data do arbitramento (sentença). JUROS MORATÓRIOS. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Em se tratando de responsabilidade contratual, os juros de mora são computados a partir da citação, e não na forma da Súmula n. 54 do STJ. RECURSO ADESIVO. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Merecem majoração os honorários fixados na sentença, que concedeu ao patrono da causa o percentual mínimo. Atenção às diretrizes do art. 20, § 3º, alíneas a e c, do CPC. PARCIAL PROVIMENTO DO APELO E PROVIMENTO DO RECURSO ADESIVO. (TJRS, AC n. 70034170696, Décima Segunda Câmara Cível, Relª. Desª. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, julgado em 26.5.2011) – grifei.

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO DE VÔO. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA. DANO MORAL CONFIGURADO. MONTANTE INDENIZATÓRIO MANTIDO. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS A CONTAR DA CITAÇÃO. 1. O reconhecimento de que o atraso do voo das autoras ocorreu apenas alguns dias depois do acidente com o avião da empresa TAM (acontecido em 17.7.2007), ocasionando o fechamento temporário do aeroporto Congonhas em São Paulo e grande congestionamento, não exime a ré da obrigação de prestar a devida assistência. 2. Portanto, havendo atraso de vôo superior a quatro horas, no caso de aproximadamente 12 horas e não sendo pela Companhia Aérea prestada assistência devida aos passageiros, caracteriza-se a violação a direito de personalidade, passível de indenização por dano moral. Se força maior houve quanto à ocorrência do atraso, tal não se verificou pela omissão na prestação de assistência aos passageiros.... Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (AC n. 71001800713, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Rel. Ricardo Torres Hermann, julgado em 29.1.2009) – grifei.

Na hipótese, restou incontroverso que o cancelamento do voo se deu em razão do acidente, sendo que, ao contrário do que sustenta a apelante, não entendeu o julgador singular pela ausência de prova do caso fortuito ou força maior, porém asseverou que, independente disso, a lesão advém do tratamento dispensado à apelada, que, na ausência da prestação de assistência pela apelante após cancelamento de voo, teve de arcar com as despesas daí advindas, como transporte, hospedagem, alimentação etc.

Portanto, tal situação não se trata de circunstância, como argumentou a ré, que foge do seu controle. No mínimo, se nada pudesse fazer, como não poderia em relação ao alegado caos na malha aérea, deveria desincumbir-se da prestação de assistência condigna a quem, por causa do citado acidente, estava sendo lesado, como no caso da apelada, o que de fato não ocorreu.

Diante disso, patente a existência do dano moral. O atraso do voo causou transtorno, cansaço, frustração e desconforto, pois a demandante e seus familiares foram surpreendidos com a deficiente prestação de serviço, revelando extrema desconsideração da transportadora pelos passageiros.

Assim, mostrou-se inadequado o proceder da companhia prestadora de serviços no tratamento dispensado aos usuários, restando configurado o dever de indenizar, pois, quanto à configuração de danos morais, trata-se de situação que escapa, em muito, do que se concebe por mero desgosto e aborrecimento do cotidiano. Essa indiferença, esse desrespeito pelo consumidor é que configura a sensação de mal-estar, de constrangimento, e até de humilhação e de indignidade, e não um simples aborrecimento, como sustentado. O dano moral é indiscutível.

Sustenta a apelante que deve ser reduzido o valor fixado a título de indenização pelos danos morais, já que não foram respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. No entanto, não colhem seus argumentos, pois observo que, ao fixar o valor a ser indenizado a título de danos morais, o juíz *a quo* observou sim os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Importa deixar claro que a indenização por dano moral, para a vítima, não leva a um ressarcimento, mas a uma compensação. Já para o causador do dano representa uma forma de punição suficiente para inibir sua reincidência.

Segundo os ensinamentos de Caio Mário[1]:

> [...] quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma some que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

Para tanto, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as consequências do ato. Além disso, na quantificação da reparação do dano moral, há observar, também, a atividade, a condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor em suportar o encargo, sem dar azo ao enriquecimento sem causa. Este Tribunal, ao julgar casos semelhantes, tem-se posicionado no sentido de que o ofensor deve ser repreendido pelo seu erro, porém é necessário levar em conta também outras situações constrangedoras e concretas aptas a fixar o *quantum* indenizatório.

No caso em questão, tenho que a quantia arbitrada é suficiente para compensar o abalo moral suportado pela apelada, e, consequentemente, suficiente para inibir a apelante de voltar a praticar o mesmo ato, daí que, dessa forma, não há enriquecimento ilícito de uma parte nem causa de empobrecimento de outra, atendendo tanto a situação das partes quanto a função compensatória da indenização e a natureza da sanção.

O dano material, por outro lado, reside no fato de a apelada ter arcado com despesas advindas do cancelamento do voo contratado, pois, diante da demora na resolução do problema, afirma ter despendido valores com transporte em São Paulo, alimentação, hospedagem, bem como despesas com o retorno para Campo Grande via terrestre.

No entanto, como bem delineou o julgador singular, a apelada apenas logrou êxito em comprovar as despesas com as passagens aéreas, que restou devidamente comprovada, de acordo com o documento de f. 15, cujo gasto deve ser ressarcido, com o desconto de 20% referente à taxa de administração. Este tribunal já teve a oportunidade de analisar questão similar, tendo decidido no mesmo sentido do ora esposado. Confira:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - TRANSPORTE AÉREO - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CANCELAMENTO DE VOO - DANO MATERIAL COMPROVADO - DANO MORAL EXISTENTE - DEVER DE INDENIZAR - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO COM PROPORCIONALIDADE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO

1 **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Forense, 1997. p. 97.

IMPROVIDO. A relação jurídica entre passageiro e a companhia aérea amolda-se em típica relação de consumo, porquanto esta se encaixa no conceito de fornecedor do art. 3º do CDC e aquele no de consumidor, previsto no art. 2º do mesmo código. Assim, não se pode admitir que o consumidor fique a mercê dos riscos da atividade do fornecedor, de modo que, vindo a sofrer prejuízos decorrentes de cancelamento de voo, deve ser ressarcido. **Se os gastos decorrentes da situação que ensejou o ajuizamento da ação indenizatória estão devidamente comprovados, a condenação ao pagamento de danos materiais é devida.** Inquestionável que o cancelamento de voo gera diversos transtornos, como o desconforto e o aborrecimento de passar horas e horas no saguão do aeroporto, além de atrapalhar os planos da viagem, configurando dano moral. O quantum da indenização por danos morais deve ser fixado com prudente arbítrio pelo juízo ou Tribunal, de forma que não seja tão elevado que venha a constituir em enriquecimento indevido do autor, nem irrisório a ponto de permitir a continuidade da prática de atos de idêntica natureza. Honorários advocatícios majorados para 15% do valor da causa, levado em conta que o trabalho e o tempo despendido pelo profissional não deve ser menosprezado. Recursos da ré conhecido e provido e da autora conhecido e provido em parte. (AC n. 2010.032258-1, Campo Grande, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, DJ n. 2.480 de 9.8.2011) – frisei.

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - TRANSPORTE AÉREO - EMPRESA TURISMO - PRESTADORA DE SERVIÇO - VENDA PASSAGEM - ATRASO NO VOO - CONEXÃO – VIAGEM INTERROMPIDA - FALHA NA ELABORAÇÃO DA VENDA DAS PASSAGENS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - INCIDÊNCIA DO CDC - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. **A Empresa de Turismo é responsável perante os danos ocorridos quando por atraso previsível do vôo de conexão a viagem é interrompida, causando danos materiais e morais aos consumidores, incidência do CDC.** A responsabilidade civil decorrente dos danos sofridos pelo consumidor deve ser imputada a todos os participantes da cadeia consumerista, não havendo que se falar na exclusão de um em razão da culpa de outro. Sendo solidária a responsabilidade, todos respondem pelo valor da condenação. (AC n. 2010.007867-1, Ponta Porã, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, DJ n. 2.390 de 29.3.2011).

Por tudo quanto exposto, afastada a preliminar de deserção arguida em contrarrazões, conheço do recurso de apelação, porém nego-lhe provimento, matendo-se a sentença recorrida em todos os seus termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 20 de outubro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.028691-0 - Naviraí
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – COMISSÃO DE CORRETAGEM – CONTRATO VERBAL – PERCENTUAL ENTRE 2% E 3% – ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE 5% NÃO COMPROVADA – RECONHECIMENTO DA INCORPORADORA QUANTO À NEGOCIAÇÃO DE PARTE DOS IMÓVEIS – AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO – FIXAÇÃO DE COMISSÃO EM RELAÇÃO À INTERMEDIAÇÃO DOS DEMAIS LOTES INDICADOS NA EXORDIAL – ÔNUS DE PROVA QUE CABIA À APELANTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Se a prova produzida nos autos não foi capaz de demonstrar o percentual contratado entre as partes, há ser acolhido aquele confessado pela parte contrária, qual seja, 2% para venda a prazo e 3% para venda a vista. 2. Se a apelada confessa que a apelante possuía determinado crédito e não comprova a sua efetiva quitação, deve ser compelida a efetuar o pagamento da diferença apurada. 3. Não tendo a apelante se desincumbido do ônus de comprovar que intermediou a venda dos imóveis descritos na exordial, e não reconhecidos pela apelada, não há falar em direito ao recebimento da respectiva corretagem.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de dezembro de 2011.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Josélia Aparecida dos Santos interpôs recurso de apelação em face de Incorporadora São Bento Ltda., objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente pedido de cobrança formulado na presente Ação Ordinária. Aduz que intermediou a venda de imóveis para a empresa apelada, e que, diante do não pagamento da comissão de 5% (uso e costume local), propôs a presente ação; que a intermediação restou confessada pela própria apelada por ocasião da contestação; que, ainda assim, a juíza da causa julgou improcedente o pedido, por não ter sido comprovado o percentual das comissões a que a apelante faria jus; que pelos depoimentos colhidos nos autos restou comprovado que o percentual de 2% era o quanto que a apelada pagava aos demais corretores; que, ainda que inexistisse prova do percentual avençado, deveria a sentença ter aplicado a literal disposição do art. 724 do CC. Pugnou pelo provimento do recurso, com a condenação da apelada ao pagamento do percentual de 5% do total das vendas realizadas pela apelante, ou, ainda, que seja o valor fixado em consonância com os usos e costumes entre 3% e 5%.

Em contrarrazões, a apelada requereu a manutenção da sentença proferida em primeiro grau.

VOTO (EM 29.9.2011)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Josélia Aparecida dos Santos em face de Incorporadora São Bento Ltda., objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente pedido de cobrança de corretagem formulado nos autos da presente Ação Ordinária.

Como é cediço, o ordenamento jurídico brasileiro confere, como regra geral, liberdade na forma e conteúdo dos contratos. Apenas em caráter excepcional se exige a forma escrita. Nada obstante, o instrumento de contrato faz prova da avença e das obrigações contraídas pelas partes. O contrato verbal, por outro lado, depende de prova da existência do próprio negócio e das obrigações nele contidas.

No que concerne à questão de fundo, tem-se por incontroverso nos autos a existência do contrato de corretagem verbalmente firmado entre as partes. Nesse sentido, vale frisar que a própria empresa apelada ao contestar a demanda expressamente consignou: *"É verdade que a Autora realizou a intermediação de venda de imóveis da Ré nos anos de 2005 a 2007."* (f. 86)

Pois bem, ao propor a presente ação, sustentou a apelante que, tendo promovido a venda de vários imóveis para a apelada, fazia jus ao recebimento da importância atualizada de R$ 517.548,04, já descontados os valores recebidos à época, qual seja, R$ 52.988,00, destacando-se que o percentual da comissão era de 5%.

Por sua vez, alegou a apelada que o percentual foi de 2% para vendas a prazo e 3% para venda a vista; que foi paga a importância de R$ 131.924,64; que, inclusive, desse montante, R$ 55.789,00 foram tomados em empréstimo pela apelada, tendo sido acordado que sua quitação se daria através da aquisição de material de construção e custos com mão de obra para construção do imóvel da apelante, com juros de 2% ao mês; que parte dos imóveis comercializados pela apelante seria de propriedade de Herbert Betman Incorporadora e Construções Ltda., razão pela qual deveria ser acolhida a ilegitimidade passiva em relação a eles; que, inclusive, alguns dos imóveis citados pela apelante na exordial tiveram suas vendas realizadas por outras pessoas ou foram relacionadas em duplicidade.

Ao sentenciar, a juíza da causa entendeu que não deveria ser acolhida a ilegitimidade passiva, confira (f. 570-3):

> [...] ficou comprovado que a contratação dos serviços da Autora para negociação de todos os loteamentos, ocorreu pela Ré, na pessoa de "Pineca" [...]
>
> [...] Pode-se observar, assim, que os diferentes loteamentos denominados Classe A *Residence*, *Royal Park*, Morumbi e Chácaras de Recreio Recanto do Bosque, estão todos abarcados para negociação pela empresa Ré, sendo que, em panfleto juntado às f. 48 dos autos, constam os nomes da Ré e da empresa Herbert Betman Incorporadora e Construções Ltda., onde se verifica o mesmo endereço e telefone, como plantão de vendas [...].
>
> [...] Veja-se que **tal informação acaba por caracterizar a legitimidade passiva da Ré, posto que, muito embora alguns imóveis eventualmente não façam parte dos loteamentos em si, de uma forma ou de outra, integram o patrimônio da empresa, e, posteriormente são negociados por esta**, o que implica na pertinência com os fatos narrados na exordial. (destaquei).

Daí que, considerando que não houve recurso com relação a este capítulo da sentença, o simples fato de os imóveis relacionados à f. 81 (inclusos no pedido da apelante) serem de propriedade de Herbert Betman Incorporadora e Construções Ltda., por si só, não afasta o direito quanto ao recebimento das respectivas intermediações, desde que comprovado que efetivamente a venda foi realizada pela apelante.

Nesse sentido, aliás, concluiu a sentença recorrida: "*Se houve ou não a intermediação de alguns deles pela Autora é questão de mérito, conforme mencionado acima, já que esta só poderá receber por corretagem efetivamente prestada.*" (f. 573)

Firmada essa premissa, nos termos do art. 333, I, do CPC, caberia à autora-apelante fazer prova constitutiva do seu direito, qual seja, a efetiva intermediação, além é claro do percentual contratado.

Com relação ao percentual de corretagem, como bem destacado pela sentença recorrida, as próprias testemunhas da apelante não souberam informar qual efetivamente era o percentual contratado com a apelada nem ao menos as que firmaram as declarações de f. 460-1, onde expressamente consta a comissão como sendo de 5%. Por outro lado, embora algumas tenham dito que o comum era estipular 5%, o fato é que todos os outros corretores que prestaram serviços para a apelada afirmaram que o percentual avençado e pago era de 2%.

Daí que, ao menos no que se refere ao percentual 2% para vendas a prazo e 3% para vendas a vista, há ser reconhecido o direito da apelante, mesmo porque a própria apelada afirmou que estes eram os percentuais contratados.

Quanto às intermediações realizadas pela apelante e o valor de seus créditos, tem-se que a apelada alegou ter pago o equivalente a R$ 131.924,64, tendo por base o percentual de 2% e 3%, cujos imóveis foram um a um especificados na planilha de f. 99-104. Isso ocorrido, não se pode negar que em relação aos lotes de terrenos nominados pela apelada, resta incontroverso que foi a apelante quem realizou as respectivas vendas, fazendo jus a sua corretagem.

Contudo, apesar de ter a apelada sustentado que pagou a referida quantia, não fez a prova necessária. Frise-se que os documentos acostados aos autos constituem-se em prova unilateral, inexistindo qualquer assinatura da apelante dando a respectiva quitação. Por outro lado, não se pode deixar de observar que a apelante confessou ter recebido a quantia de R$ 52.988,00. Consequentemente, do montante confessado pela apelada – R$ 131.924,64 – subsiste um crédito de R$ 78.936,64, para o qual não existe nos autos qualquer comprovação de pagamento.

Note-se que, apesar de a apelada ter afirmado que foi negociado um empréstimo com a apelante no valor de R$ 55.789,00, há ser observado que o Contrato Particular de Compromisso de Empréstimo de f. 105, em momento algum, menciona a origem do valor que a apelante deu em empréstimo, não cabendo no caso em tela mera presunção.

Diante de tais circunstâncias, tendo a apelada confessado o crédito da apelante sem a devida comprovação de sua quitação, inarredável o reconhecimento do direito desta última quanto ao recebimento da diferença apurada, qual seja, R$ 78.936,64, devidamente corrigida.

Com relação aos imóveis supostamente negociados pela apelante e não reconhecidos pela apelada, tem-se que a apelante reconheceu ter duplicado as vendas mencionadas às f. 94-5. Daí que, do crédito pretendido, deverá ser abatido:

f. 6

Nelson Antonini R$ 50.000,00

Nelson Antonini R$ 50.000,00

Severino Alexandre R$ 35.000,00 L. 6 – Q. 1

Henrique Cabrera R$ 35.000,00 L. 4 – Q.3

Roni Peterson R$ 35.000,00 L. 5 – Q.10

Gezonita V. Santos R$ 45.000,00 esquina

f. 8-9

Alice Santana Domingos R$ 35.000,00 L. 26 – Q. 2

F. 09-10

Lorival Dias dos Santos R$ 100.000,00 L. 1 – Q.4

Outra questão suscitada pela apelada refere-se à venda de alguns imóveis citados na exordial, a qual teria sido realizada por terceiros.

Ora, confrontando-se cada um dos aludidos lotes (f. 85) com a planilha na qual a apelada reconheceu ter a apelante direito à comissão (já que realizou a intermediação do negócio), tem-se que o único imóvel que não consta daquela planilha é a Chácara de n. 26, adquirida por Claudia Alvares Monteiro. Portanto, com relação aos demais lotes, considerando-se que houve expresso reconhecimento do crédito, falta à apelada interesse quanto a sua impugnação.

Por fim, como a apelante não se desincumbiu do ônus de comprovar que intermediou a venda dos demais lotes indicados na exordial e não incluídos na planilha de pagamentos da empresa apelada (f. 99-104), sendo certo que em alguns nem sequer é mencionado o lote e quadra, mas tão somente o nome do suposto comprador e seu possível valor, não há falar em direito quanto ao recebimento de comissão de corretagem.

Posto isto, conheço do presente recurso e dou-lhe parcial provimento, apenas para determinar o pagamento da quantia de R$ 78.936,64, acrescida de correção monetária a partir da propositura da ação, mais juros de mora a partir da citação. Em razão da sucumbência, condeno a empresa apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO REVISOR, DES. VLADIMIR ABREU DA SILVA, APÓS O RELATOR PROVER PARCIALMENTE O RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 8.12.2011)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Revisor)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria aventada no presente recurso.

Em que pese a instrução realizada, observa-se que desde a exordial as partes não se desincumbiram de comprovar de forma substancial suas afirmações: tanto não há elementos que tornem crível a tese autoral da pactuação do percentual de 5% devidos a título de comissão de corretagem, como o que, afirmado pela parte contrária, do efetivo pagamento da comissão no montante em que ter pago.

O único fato estreme de dúvidas é o contrato verbal de corretagem celebrado entre as partes.

Em sendo assim, o apelante não se desvencilhou do ônus de provar o descumprimento contratual por parte do apelado consistente do não pagamento do percentual pactuado de 5% sobre a venda de cada imóvel. Ao revés, partilhou de instrução testemunhal que não confirmou peremptoriamente sua tese, dando margem à inconsistência de sua pretensão nos moldes por ela almejados.

Com relação ao apelado, de útil ao processo restou apenas a confissão da existência do contrato verbal, da pactuação do percentual de 2% de comissão à apelante para a venda ocorrida a prazo, ou de 3%

para a venda a vista, e do valor que teria sido pago por ela à apelante de R$ 131.924,64 pelos serviços de corretagem no período descrito (entre os anos de 2005 e 2007).

Nota-se que os autos carecem de veia probatória forte a fortalecer o alegado pelas partes, isso porque a instrução probatória terminou por restringir-se às testemunhas trazidas pelas partes que apenas buscaram tendenciar o juízo ao lado a que se pronunciam.

Neste passo, os pontos confessados pelo apelado foram cruciais ao deslinde da matéria por retratar afirmações incontroversas durante a marcha processual.

Em sua inicial, o apelante protesta o recebimento da quantia que entende devida, baseada em um percentual de 5% de comissão, mas também deduz que no período em discussão recebeu do apelado a quantia de R$ 52.988,00. Já o apelado refuta o montante requerido, mas deixa escapar a pactuação dos percentuais de 2% e 3% citados anteriormente, além de que, na verdade, o pagamento realizado no período ao apelante foi de R$ 131.924,64, sendo este exatamente o valor a que competia no período em razão da comissão pactuada.

Ora, se por um lado o apelante não comprova o descumprimento contratual (não pagamento do percentual de 5%), o apelado também não colaciona aos autos qualquer documento que comprove o efetivo pagamento do montante por ele entendido como correto.

Assim, à guisa de insuficiente instrução, a confissão do apelado permite a conclusão da existência de um contrato verbal entre as partes, do percentual de 2% de comissão em vendas a prazo e de 3% para as vendas a vista, e de que seria devido ao apelante o valor de R$ 78.936,64, resultado do valor confessado e não provado a quitação pelo apelante (R$ 131.924,64), menos aquele afirmado como efetivamente recebido pelo apelante (R$ 52.988,00).

Nestes termos, resignado somente àquilo que dos autos se pode inferir, acompanho o voto do eminente relator para dar parcial provimento ao apelo de Josélia Aparecida dos Santos.

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

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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, 8 de dezembro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Reexame de Sentença n. 2011.028891-4 - Amambai
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – RETENÇÃO DE VEÍCULO – RECOLHIMENTO AO DEPÓSITO – PRAZO MÍNIMO DE CUSTÓDIA – IMPOSSIBILIDADE – MEDIDA ADMINISTRATIVA – LIBERAÇÃO MEDIANTE PAGAMENTO DE MULTA E DEMAIS DESPESAS – ILEGALIDADE – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO – PENDÊNCIA DE PRAZO PARA RECURSO – RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – SENTENÇA MANTIDA.

1. Com a aplicação de medida administrativa, não existe a possibilidade de fixação de tempo mínimo de permanência do veículo no depósito, porquanto, por não se tratar de pena, a retenção e sua posterior remoção ao depósito visam a garantir proteção à vida e à incolumidade física da pessoa, em decorrência da situação de irregularidade, e não a punição pela infração cometida. Daí não há falar em fixação de prazo mínimo de permanência do veículo no depósito, devendo ele ser restituído ao proprietário, tão logo comprove tenha sido sanada a irregularidade. 2. Em atenção ao devido processo legal e à ampla defesa, a autoridade não pode exigir, como condição para liberar veículo recolhido ao depósito, o pagamento de multas das quais o interessado ainda não tenha sido notificado, ou cujo prazo para defesa ainda não tenha escoado, ou a respeito das quais se encontra pendente recurso administrativo.

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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 6 de outubro de 2011.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

O Juízo de Direito da 1ª Vara de Amambai interpõe recurso obrigatório contra a sentença proferida nos Autos de Mandado de Segurança, impetrado por Miguel Junior Campos Rodrigues em face de ato do Chefe da Agência Regional de Trânsito de Amambai-MS, que concedeu a segurança e determinou a liberação do veículo de propriedade do impetrante. Aludido veículo havia sido removido em razão de o seu condutor estar com a carteira nacional de habilitação cassada, e por ato da autoridade coatora teve indeferido a sua liberação mediante apresentação da documentação exigida, condicionando-a ao decurso do prazo mínimo de 21 dias de custódia e ao pagamento de todas as despesas pertinentes.

O Juízo *a quo* concedeu a ordem, por entender não se confundir a remoção com a apreensão de veículo, sendo aquela uma medida administrativa, e esta uma penalidade aplicada em virtude de infração

de trânsito. Além disso, entendeu não ser lícito exigir o pagamento de multas, taxas, despesas e outros encargos para a liberação de veículo, porquanto tal exigência deve ser interpretada em consonância com a Constituição Federal, que assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso obrigatório interposto pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Amambai contra a sentença proferida nos Autos de Mandado de Segurança impetrado por Miguel Junior Campos Rodrigues em face de ato do Chefe da Agência Regional de Trânsito de Amambai-MS, que concedeu a segurança e determinou a liberação do veículo de propriedade do impetrante.

Pelo que se depreende dos autos, o veículo de propriedade do impetrante foi removido por estar seu condutor com a carteira nacional de habilitação cassada, sendo que, posteriormente, teve indeferida sua liberação mediante apresentação da documentação exigida, condicionando-a ao decurso do prazo mínimo de 21 dias de custódia e ao pagamento de todas as despesas pertinentes.

De acordo com o que dispõe o art. 270, § 1º, do CTB, sendo possível sanar a irregularidade no local da infração, o veículo será liberado tão logo haja a regularização. Caso contrário, será recolhido ao depósito, aplicando-se, neste caso, o disposto nos parágrafos do art. 262 (art. 270, § 4º).

O art. 262, § 2º, por sua vez, condiciona a liberação dos veículos recolhidos ao *"prévio pagamento das multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica"*.

No caso em julgamento, o veículo do impetrante, por não ter sido regularizado no local da infração, foi recolhido ao depósito do Detran – Agência de Amambai. Todavia, feita a regularização necessária (apresentação de condutor com habitação), o veículo não lhe foi restituído, sob o argumento de que se estaria a cumprir a Portaria n. 59/2007 do Detran-MS. Segundo a tal portaria, existe um prazo mínimo de permanência do veículo sob custódia no pátio do Detran (f. 14).

Neste passo, faz-se mister tecer algumas considerações.

O CTB, no art. 256, relaciona as penalidades nele previstas, figurando entre elas a apreensão (inc. IV), que não se confunde com a retenção e a remoção de veículos, as quais, de acordo com o art. 269, I e II, são classificadas como medidas administrativas.

"As medidas administrativas", ensina Arnaldo Rizzardo, "não constituem sanções ou penalidades, mas providências para a regularização de situações anormais, sendo, em grande parte, de caráter momentâneo, de rápida solução e cessando a cessando a constrição tão logo atendidas as exigências impostas" (**Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro.** 7. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 525). As medidas administrativas têm por objetivo prioritário a proteção à vida e à incolumidade física da pessoa, sendo complementares à aplicação das penalidades (art. 269, §§ 1º e 2º.)

As penalidades decorrentes das infrações administrativas, caracterizam-se, destarte, como punições. Tratando-se de **apreensão**, que é penalidade, e não medida administrativa, o veículo será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade da entidade apreendedora, com ônus para seu proprietário, pelo prazo de até 30 dias, conforme critério a ser estabelecido pelo Contran (CTB, art. 262, *caput*).

Assim, nesse caso – e, justamente, por se tratar de penalidade –, a permanência do veículo no depósito poderá ser fixada por um prazo mínimo, conforme critério estabelecido no Contran, sendo permitido afirmar que tal critério deverá levar em conta a gravidade da infração.

Ao revés, com a aplicação de medida administrativa, não existe a possibilidade de fixação de tempo mínimo de permanência do veículo no depósito, porquanto, por não se tratar de pena, sua retenção e posterior remoção ao depósito visam a garantir proteção à vida e à incolumidade física da pessoa, em decorrência da situação de irregularidade, **e não a punição pela infração cometida**. Daí, não há falar em fixação de prazo mínimo de permanência do veículo no depósito, devendo ele ser restituído ao proprietário tão logo comprove tenha sido sanada a irregularidade.

A condução de veículos sem os documentos obrigatórios importa na aplicação da penalidade de **multa**, e não de apreensão do veículo. Em caráter complementar, aplica-se a **medida administrativa de retenção**, que é a conservação dele no poder e sob a responsabilidade da autoridade (RIZZARDO, Arnaldo. Ob. cit. p. 525-6). Se, não obstante a retenção, a irregularidade com os documentos não puder ser sanada em tempo razoável, o veículo é recolhido ao depósito.

Portanto, a toda evidência, a exigência de tempo mínimo de custódia do veículo no depósito não tem amparo legal, já que o art. 232 do CTB não prescreve a pena de apreensão, mas de multa e medida administrativa de retenção. Nesses casos, exigir a retenção indevida do veículo afronta de forma cristalina o direito de propriedade, sendo ilegal e imoral, já que a maior permanência do veículo no pátio do Detran significa mais despesa de estada, consequência que favorece o Estado, em detrimento do administrado.

No tocante à exigência de pagamento de multa e despesas, como condição para liberação do veículo, dispõe o art. 270, § 4 º, do CTB:

> O veículo poderá ser retido nos casos expressos neste Código.
>
> [...]
>
> § 4º. Não se apresentando condutor habilitado no local da infração, o veículo será recolhido ao depósito, aplicando-se neste caso o disposto nos parágrafos do artigo 262.
>
> De sua parte, reza o art. 262, § 2º:
>
> A restituição dos veículos apreendidos só ocorrerá mediante o prévio pagamento das multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica.

O Código condiciona a restituição do veículo apreendido ao prévio pagamento das multas impostas, taxas e demais despesas. No entanto, o dispositivo citado deve ser interpretado em consonância com a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, decorrência do princípio do devido processo legal. Neste sentido, aliás, o próprio CTB estabelece, em seu art. 282, que, *"aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade"*.

As penalidades devem ser levadas ao conhecimento do infrator, por meio da notificação, justamente porque, tratando-se de sanções, é indispensável a oportunidade de o proprietário do veículo defender-se da infração que lhe é imputada. É garantia constitucional o respeito ao contraditório e à ampla defesa, seja em processo judicial, seja em administrativo:

> Art. 5º. [...]
>
> LV - aos litigantes, em processo judicial **ou administrativo**, e **aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes;

Se na hipótese de infração administrativa deve ser assegurada a ampla defesa ao acusado, o mesmo se dirá da aplicação de medida administrativa, que tem caráter complementar à pena aplicada (no caso, a multa). Logo, é imperiosa a comprovação de que o proprietário do veículo foi devidamente notificado da infração, principalmente porque na notificação deve constar a data do término do prazo para apresentação de recurso pelo responsável pela infração, nos termos do § 4º do art. 282 do CTB.

A importância da notificação torna-se mais clara ao fato de o legislador haver determinado, no art. 282, § 3º, do CTB, que, *"sempre que a penalidade de multa for imposta a condutor, [...] a notificação será encaminhada ao proprietário do veículo, responsável pelo seu pagamento."*

Nessa mesma linha, dispõe ainda o art. 286, *caput*, do CTB: *"O recurso contra a imposição de multa poderá ser interposto no prazo legal,* ***sem o recolhimento do seu valor****."* (Destaquei.)

Tratando-se de pena de multa, o responsável pelo pagamento não está obrigado a recolher o valor, para interpor o recurso. Por outro lado, o vencimento da multa é posterior à notificação, mas este fato dependerá, naturalmente, de haver notificação.

Lavrado o auto de infração, a autoridade de trânsito ainda deverá julgar sua consistência, para, só depois, mandar expedir a notificação; isso, se o auto não for considerado irregular ou insubsistente, caso em que será arquivado (art. 281, *caput* e parágrafo único, I). Não bastasse isso, o auto será arquivado se, depois de lavrado, a notificação não for expedida no prazo máximo de 30 dias (art. 281, parágrafo único, II).

Pois bem, recebida a notificação, nela estará expressa a data do vencimento da multa, que, conclui-se, ocorrerá só após a notificação, no mesmo prazo estabelecido para a apresentação de recurso. Interposto o recurso, este deverá ser julgado em até 30 dias; se não o for, poderá ser concedido efeito suspensivo ao recurso.

Considerado todo esse *iter* a ser percorrido, percebe-se que, não estando o responsável pelo veículo obrigado ao pagamento da multa antes de seu vencimento e sendo-lhe permitido reverter a situação por meio da interposição de recurso, não é lícito condicionar a restituição do veículo retido por medida administrativa e acessória, ao pagamento prévio da multa, que é penalidade e principal.

Assim, dessume-se que a exigência de pagamento da multa e demais despesas em razão da medida administrativa só é possível quando se pode, em razão da infração, exigir o pagamento de multa, exigência esta condicionada à notificação.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido o seguinte:

> ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. APREENSÃO DO VEÍCULO E CONDICIONAMENTO DA LIBERAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTAS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO AO JULGAR O RESP N. 1.144.810/MG, MEDIANTE A LEI DOS RECURSOS REPETITIVOS. 1. Segundo disposto no art. 231, VIII, da Lei n. 9.503/97, o transporte irregular de passageiros é apenado com multa e retenção do veículo. **Assim, é ilegal e arbitrária a apreensão do veículo, e o condicionamento da respectiva liberação ao pagamento de multas e de despesas com remoção e estadia, por falta de amparo legal, uma vez que a lei apenas prevê a medida administrativa de retenção.** 2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção desta Corte, ao julgar o REsp n. 1.144.810/MG, mediante a sistemática prevista na Lei dos Recursos Repetitivos. 3. Recurso especial

não provido. (REsp n. 1124687/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 14.12.2010, DJ de 8.2.2011) – destaquei.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CÓDIGO BRASILEIRO DE TRÂNSITO (LEI N. 9.503/97). ART. 230, V, E 262, § 2º TRAFEGAR SEM REGISTRO E LICENCIAMENTO. APREENSÃO DO VEÍCULO. LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTAS JÁ VENCIDAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LESÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PENDÊNCIA. JULGAMENTO. RECURSO ADMINISTRATIVO. EFEITOS SUSPENSOS. INTERPRETAÇÃO CONJUGADA DOS ARTIGOS 285, § 1º E 286 DO CTB. 1. **A autoridade de trânsito não pode exigir, como condição para liberar veículo apreendido, o pagamento de multas das quais o interessado ainda não tenha sido notificado, em razão da garantia do devido processo legal e da ampla defesa**. Na hipótese em que as multas em cobrança já foram devidamente notificadas, oportunizada a defesa, nada impede que a autoridade condicione a liberação do veículo à respectiva quitação, se já vencidas as dívidas. 2. "**Não há exigibilidade da multa de trânsito na pendência de recurso**, o que impede seja seu pagamento demandado pela administração pública para a renovação da licença. O direito de defesa, de acordo com as disposições do artigo 286, do CTB, não se restringe apenas à 'notificação para se defender'. **O expresso mandamento do § 1º, do artigo 285, da Lei n. 9.503/97, de que 'o recurso não terá efeito suspensivo', não se refere à penalidade de multa, mas apenas refere-se às demais penalidades** (REsp n. 249.078/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 20.6.2000). 3. Recurso especial improvido. (REsp n. 828575, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 20.6.2006).

No que respeita à exigência da multa na pendência de recurso administrativo, transcrevo o seguinte excerto do voto do Ministro Castro Meira, no acórdão acima colacionado:

Este Superior Tribunal de Justiça, por meio de interpretação conforme a Constituição, entende que a autoridade de trânsito não pode exigir o pagamento de multas **das quais o interessado ainda não fora notificado**, em razão da garantia do devido processo legal e da ampla defesa. Entretanto, se as multas em cobrança já foram devidamente notificadas, **restando escoado o prazo para defesa**, nada impede que a autoridade de trânsito condicione a liberação do veículo à respectiva quitação. (Destaquei)

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. LICENCIAMENTO DE VEÍCULO. PAGAMENTO DE MULTAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ADMINISTRATIVO. EFEITO SUSPENSIVO.

[...]

3. **Não há exigibilidade da multa de trânsito na pendência de recurso**, o que impede seja seu pagamento demandado pela administração pública para a renovação da licença. (REsp n. 249.078/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 20.6.2000.) (STJ, REsp n. 621489, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado 17.4.2007) – Destaquei.

Se não há exigibilidade da multa, quando ainda não escoado o prazo para defesa, ou quando pendente recurso administrativo, também não é possível exigir o pagamento da multa e demais despesas, para a liberação de veículo que foi recolhido ao depósito por medida administrativa.

No mesmo sentido, é o entendimento desta Corte, conforme os seguintes julgados:

REEXAME DE SENTENÇA – MANDADO DE SEGURANÇA – VEÍCULO RETIDO EM RAZÃO DE O SEU CONDUTOR NÃO PORTAR CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO – MEDIDA ADMINISTRATIVA QUE TEM POR FINALIDADE

ÚNICA POSSIBILITAR O SANEAMENTO DE UMA SITUAÇÃO IRREGULAR – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO APÓS DISSIPADA A IRREGULARIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. O § 2º do art. 270 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe não ser possível sanar a falha no local da infração, quando o veículo for flagrado na direção de pessoa sem habilitação, mas poderá ser liberado ao condutor regularmente habilitado. A não devolução do veículo a pessoa que tem a sua posse por força de contrato de locação, que pretende retira-lo acompanhada de pessoa devidamente habilitada, constitui-se em ato ilegal e abusivo, passível de ser corrigido por via do mandado de segurança. Reexame necessário a que se nega provimento, mantendo-se inalterada a douta decisão do juízo *a quo*, que julgou procedente o mandado de segurança impetrado pela proprietária do veículo apreendido. (RS n. 2010.012370-1, Quinta Turma, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 17.8.2010) – destaquei.

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – APREENSÃO DE VEÍCULO – LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA – PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA) – RECURSO IMPROVIDO – Se de um lado os atos da Administração Pública presumem-se verdadeiros, o que leva a crer que o veículo fora apreendido diante da infração de trânsito praticada pelo seu condutor, de outro não se pode desconsiderar os princípios constitucionais do devido processo legal (ampla defesa e contraditório), pelo que o administrado pode vir a demonstrar, administrativa ou judicialmente, que não cometeu a infração que lhe foi imputada, pelo que não se figura legal a exigência de pagamento prévio da multa e de outros encargos decorrentes da apreensão do veículo. (TJMS, AC n. 2008.003227-6, Três Lagoas, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 11.3.2008).

REEXAME DE SENTENÇA – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE VEÍCULO – INFRAÇÃO A NORMAS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – ILEGALIDADE – SENTENÇA RATIFICADA – RECURSO NECESSÁRIO IMPROVIDO – Ainda que seja legal a apreensão de veículo do condutor que pratica infração tipificada no Código de Trânsito Brasileiro com tal penalidade, tal ato deve ser precedido da devida cientificação ao infrator, com prazo para ser contraditado em sede de recurso administrativo, sob pena de infração ao princípio constitucionalmente assegurado do devido processo legal. (TJMS, RS n. 2006.001866-5, Naviraí, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 15.8.2006).

Pelo exposto, voto no sentido de que seja mantida a sentença concessiva da ordem impetrada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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 outubro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2011.024585-9/0001-00 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS – PENHORA DE 30% (TRINTA POR CENTO) DO SALÁRIO – POSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

A questão da impenhorabilidade de quantia referente a salário, prevista no art. 649, inciso IV, do CPC, na esteira do atual entendimento jurisprudencial, restou mitigada no sentido de que a penhora no percentual de 30% (trinta por cento) dos valores que constam em conta-salário não implica onerosidade excessiva ao devedor, sendo que tal mitigação da regra da impenhorabilidade da verba salarial vem em prol da efetividade do processo de execução e não implica afronta ao princípio de que a execução deve-se processar da forma menos onerosa ao devedor.

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, 22 de novembro de 2011.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Lidio Recalde, inconformado com a decisão monocrática que deu provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto por Espólio de Mário Bongiovani, interpõe o presente regimental.

Alega, em síntese, que: estão ausentes os requisitos de admissibilidade do agravo de instrumento; é inadmissível a penhora parcial de salário ou aposentadoria.

Ao final, requer o juízo de retratação ou o provimento do recurso.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

A decisão agravada restou assim redigida, *in verbis*:

[...]

Com efeito, a decisão agravada merece reparos, uma vez que o juiz *a quo* indeferiu o pedido de penhora de parte do salário do devedor (f. 166). Contudo, segundo a jurisprudência pátria, é possível a constrição de até 30% sobre o salário do executado, sem ofensa ao art. 649, IV, do Código de Processo Civil, tampouco aos artigos 1º, III e 7º da Constituição Federal.

Nesse diapasão, confira-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO DENEGATÓRIA DE PENHORA SOBRE SALÁRIO DA EXECUTADA - PROVIMENTO DO RECURSO.

1. COM O OBJETIVO DE TORNAR EFETIVA A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E ASSEGURAR A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E OS MEIOS QUE GARANTAM A CELERIDADE DE SUA TRAMITAÇÃO, A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, RELATIVANDO A NORMA INSCRITA NO ART. 649, IV, DO CPC, ADMITE A PENHORA DE 30% DO SALÁRIO LÍQUIDO DO EXECUTADO.

2. RECURSO PROVIDO. MAIORIA

(Resumo: Processual Civil - Agravo de Instrumento - Decisão Denegatória de Penhora Sobre Salário da Executada - Provimento do Recurso – Quarta Turma, Rel. Des. Estevam Maia, julgado em 15.10.2008, DJU de 5.11.2008, p. 96)

46045643 - MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. Inexistência de patrimônio apto satisfazer o crédito. Legalidade do ato impugnado no que tange à despersonificação em face do § 5º do art. 28 do CDC. Execução. Cumprimento de sentença. Penhora *on line*. Conta salário. Possibilidade. Limitação ao percentual de 30% (trinta por cento). Harmonização entre os princípios da efetividade da prestação jurisdicional e do processamento da execução por meio menos gravoso ao executado. Inteligência dos arts. 5º, xxviii e 7º, inciso X, ambos da CF, arts. 649, inciso IV, 655. A do CPC c/c os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Segurança parcialmente concedida. (TJBA, MS n. 30222-8/2000-1, Segunda Turma Recursal, Rel. Juiz Aurelino Otacilio Pereira Neto, DJ de 19.11.2008) CDC, art. 28 CF, art. 7 CPC, art. 655-A)

48238347 - DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PEDIDO DE PENHORA *ON LINE*. SISTEMA BACEN-JUD. SALÁRIO E PROVENTOS. ART. 649, IV, DO CPC. Segundo remansosa jurisprudência deste Eg. TJDFT, a impenhorabilidade da verba salarial, disposta no art. 649, inc. IV, do CPC, há de ser mitigada em favor da efetividade do processo de execução, mormente quando se verifica que o bloqueio de parte da renda não privará o devedor de honrar outros compromissos assumidos. Nesse sentido, a limitação dos descontos na conta-corrente do devedor em 30% (trinta por cento) de seus rendimentos líquidos se mostra razoável. (TJDF, Ag n. 2008.00.2.015140-1 (AC 334.753), Sexta Turma Cível, Relª Desª Ana Maria Duarte Amarante Brito, DJ de 12.12.2008, p. 76) CPC, art. 649.

53104613 - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO PENHORA *ON LINE*. BLOQUEIO DE CONTAS DE CARÁTER ALIMENTAR ÔNUS DA ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADO. BLOQUEIO DE 30% SOBRE CONTA-SALÁRIO. PROTEÇÃO SALARIAL CONFIGURADA. RECURSO NÃO PROVIDO. Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente estão

revestidas de impenhorabilidade (art. 655 - A, § 2º, do CPC). Ainda que proveniente de salário, é possível a penhora parcial dos valores depositados em conta corrente, com a ressalva de que o desconto deve limitar-se a 30%. (TJMS, AgReg em Ag n. 2008.027875-5/0001-00, Naviraí, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, DJ de 26.11.2008, p. 27)

65334855 - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE CANCELAMENTO DA PENHORA *ON LINE* EFETUADA SOBRE 30% DE SUA CONTA CORRENTE. INCONFORMISMO DO. DEVEDOR FIRME NA TESE DE QUE O SALÁRIO É IMPENHORÁVEL E QUE A MEDIDA AFETA A SUA SUBSISTÊNCIA E A DE SUA FAMÍLIA NÃO ACOLHIMENTO. O fato de na conta corrente serem depositados os proventos do devedor não a torna impenhorável, para os fins do art. 649, IV, do CPC. Iterativa jurisprudência deste Tribunal no sentido de que os descontos,, nestas hipóteses, devem se limitar a 30% dos vencimentos do devedor. Recurso não provido. (TJSP, Ag n. 7300496-9, (AC 3349068) Santo André, Décima Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Moura Ribeiro, julgado em 6.11.2008, DJ de 4.12.2008)

A penhora de valor de até 30% do salário, preserva-se a sobrevivência do executado, sem se ignorar as necessidades urgentes do trabalhador, sendo que a manutenção do ato do juiz de primeira instância também confere maior credibilidade às decisões emanadas pelo Poder Judiciário, dando maior grau de certeza àquele que se utiliza desta via de solução de conflitos, de que terá, mais do que o exercício de um direito, um acesso à ordem jurídica justa, célere e eficaz. (Ag n. 2007.029338-3, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 12.11.2007)

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – PENHORA *ON LINE* – BLOQUEIO DE CONTAS DE CARÁTER ALIMENTAR – ÔNUS DA ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADO – BLOQUEIO DE 30% SOBRE CONTA-SALÁRIO – PROTEÇÃO SALARIAL CONFIGURADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente estão revestidas de impenhorabilidade (art. 655-A, § 2º, do CPC).

Ainda que proveniente de salário, é possível a penhora parcial dos valores depositados em conta corrente, com a ressalva de que o desconto deve limitar-se a 30%. (2008.027875-5/0001.00 (1025051-11.2008.8.12.0000) Ag Reg em Ag, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 26.11.2008)

Ademais, no caso vertente, há de considerar que o salário, embora possua caráter alimentar, não deixa de ser fonte de renda para quitação de obrigações. Desta forma, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) sobre os rendimentos líquidos do agravado, preservando assim, a garantia de sobrevivência digna do executado.

Em relação ao tema, transcrevo a lição de Francisco Alberto da M. P. Giordani:

De se inferir que não se pode mais falar em impenhorabilidade absoluta e/ou total do salário, a mesma só pode ter lugar no limite do necessário à preservação da dignidade da pessoa humana do devedor, fixada tendo como parâmetro a realidade social, porquanto ao credor deve ser assegurado receber o que foi-lhe reconhecido como sendo um direito seu; Gostaria, porém, de lembrar que a Convenção n. 95, da OIT, em seu artigo 10°, não condena a penhora de salário, bem como que o quanto estatuído no artigo 7º, X, da Carta Política, *verbis*: "proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa", não se constituí em intransponível óbice à penhora de salário, o que fica claro com a utilização do citado princípio da proporcionalidade;

> De resto e ainda quanto ao artigo 7º, X, da Lei Maior, parece claro que o mesmo não pode servir como broquel ao que, tentando um negócio próprio, na condição de empregador, contratou empregado, assumindo os riscos da atividade econômica e, depois, não tendo dado certo sua iniciativa, transfere o ônus do malogro ao empregado; isso seria conseguir por vias oblíquas o que o direito veda, seria agir contrariamente aos mais comezinhos princípios do direito. A proteção de um, não deve levar à absoluta falta de proteção do outro, salvo nos limites necessários à preservação da dignidade da pessoa humana. (**Princípio da Proporcionalidade e a Penhora de Salário** - Algumas considerações, em Revista LTr, vol. 71, n. 2, Fevereiro de 2007, p. 159-61) - Grifo nosso.
>
> Por derradeiro, deve-se ressaltar que a presente ação de cumprimento de sentença foi ajuizada aos 18.12.2009, ou seja, está em trâmite há algum tempo, sem que o exequente tenha satisfeito o crédito perseguido em sua integralidade, situação que vai de encontro ao princípio da celeridade e da efetividade da execução.
>
> Por tais razões, com fulcro no artigo 557, § 1º- A, do Código de Processo Civil, conheço o recurso e dou-lhe provimento para o fim de revogar a decisão recorrida, determinando-se a penhora de 30% (trinta por cento), sobre o rendimento líquido do agravado até o limite do cumprimento da obrigação exequenda.

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.

Por todo o exposto, 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, Julizar Barbosa Trindade e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 22 de novembro de 2011.

***

Segunda Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2011.024735-8 - Capital
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE MERCADORIAS POR IRREGULARIDADE FISCAL – PRETENSÃO DE ABSTENÇÃO DA AUTORIDADE FAZENDÁRIA APREENDER BENS DE OPERAÇÕES DE COMODATO FUTURAS – IMPOSSIBILIDADE – INADEQUAÇÃO DA VIA – EXTINÇÃO PARCIAL DO *MANDAMUS*.

No que se refere ao pedido relativo às operações futuras, o processo ser extinto sem resolução de mérito. A impetrante pretende um salvo conduto, pois sua pretensão é de impedir futuras e incertas apreensões, o que não é possível de ser feito pelo presente remédio constitucional.

A concessão da tutela inibitória pretendida importaria em ordem genérica abrangendo fatos futuros, o que é inadmissível, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE MERCADORIAS POR IRREGULARIDADE FISCAL – NULIDADE DOS TERMOS DE APREENSÃO POR VÍCIO FORMAL – ILEGALIDADE DA APREENSÃO – SÚMULAS N. 323 E N. 573 DO STF MERCADORIAS OBJETO DE COMODATO – NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS QUE ABRANGE OBRIGAÇÕES PRINCIPAL E ACESSÓRIA – ORDEM CONCEDIDA.

Os termos de apreensão acostados aos autos de fato não apresentam qualquer descrição, seja quantitativa, seja qualitativa, dos bens apreendidos, violando o disposto no art. 144, § 5º, do RICMS, bem como os princípios da razoabilidade, eficiência e publicidade, aos quais está jungida a Administração Pública. Nulidade reconhecida.

No tocante à apreensão das mercadorias, é flagrante a ilegalidade do ato impugnado pela impetrante, visto que não pode a Fazenda Estadual se utilizar de meios coercitivos para tentar receber valores relativos a tributos, mesmo porque possui instrumentos adequados para tanto, independentemente do fato desse tributo ser ou não devido. Súmula n. 323 STF.

Restou comprovado pela impetrante que as mercadorias apreendidas adentraram no Estado de Mato Grosso Sul em decorrência de contrato de comodato gratuito, e não de compra e venda, motivo pelo qual não há falar na incidência de ICMS. Súmula n. 573 STF.

A impetrante também não possui o dever de apresentar Nota Fiscal de cada uma de suas mercadorias, mesmo que não tributadas, pois a impetrante não é contribuinte de ICMS, bastando comprovar a situação de comodato das mercadorias transportadas, o que se extrai da própria leitura do art. 90, I, § 2º, do Código Tributário Estadual. Precedentes.

A multa imposta à impetrante também deve ser afastada, seja pela nulidade formal do Auto de Apreensão, seja pela ausência da obrigação tributária, principal ou acessória.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, acolher a preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, conceder a segurança, nos termos do voto da relatora, em parte com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Pavan.

Campo Grande, 17 de outubro de 2011.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Boticário Franchising S/A impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na apreensão de computadores de sua propriedade e cedidos a seus franqueados em comodato, ao adentrarem no Estado de Mato Grosso do Sul, sob o argumento de ausência de nota fiscal e ausência de recolhimento do ICMS, integrando na lide o Estado de Mato Grosso do Sul.

Aduz ser empresa cuja atividade não faz incidir o ICMS, pois presta assessoramento. No desenvolvimento de suas atividades cede em comodato gratuito à rede de franquias para a qual presta serviço, equipamentos de sua propriedade.

Assim, em 7.7.2011, ao realizar o transporte de equipamentos para 8 (oito) franqueadas situadas no Estado de Mato Grosso do Sul, o posto fiscal lotado no aeroporto de Campo Grande-MS apreendeu os referidos bens, oportunidade em que foram lavrados os Termos de Apreensão n. 2.969, 2.970, 2.971, 2.972, 2.973, 2.974, 2.975 e 2.976, sob o argumento de que os equipamentos estavam desacompanhados de nota fiscal.

O Enquadramento legal apontado no ato atacado foi: I) art. 90, I, da Lei n. 1.810/97; II) art. 1º do Decreto n. 13.162/2011; III) Protocolo ICMS 2/2011; IV) art. 5º, VI, da Lei n. 1.810/97; V) art. 256 do RICM-MS; VI) art. 75 do RICMS-MS; além do art. 117, III, a, da Lei n. 1.810/97 (CTE), exigindo-se o recolhimento do ICMS e multa.

Assevera que há flagrante ilegalidade e arbitrariedade no ato praticado, visto que sobre operações de comodato não incide ICMS. Ademais, não bastasse a lavratura dos referidos Termos, os bens permanecerão retidos no Posto Fiscal até que a exigência seja satisfeita. Invoca as Súmulas n. 323 e n. 573 do STF, bem como o disposto no art. 144, § 5º, do RICMS-MS – pois nos Autos de Infração os produtos não teriam sido quantificados e qualificados – e art. 90, I, da Lei n. 1.810/97.

Por entender presentes os requisitos ensejadores, mormente porque depois de 60 dias a autoridade fazendária poderá considerar os bens apreendidos como abandonados, pugnou pela concessão de medida liminar, consistente na ordem para liberação em favor da impetrante dos bens apreendidos indevidamente, relativos aos Termos de Apreensão n. 2.969, 2.970, 2.971, 2.972, 2.973, 2.974, 2.975 e 2.976, assim como para que a autoridade impetrada se abstivesse de proceder à apreensão de bens da impetrante em operações idênticas.

Ao final, postulou pela concessão definitiva do mandado de segurança, reconhecendo-se a nulidade dos Termos de Apreensão, bem como a não incidência de ICMS sobre as operações realizadas pela

impetrante, por se tratar de comodato, determinando à autoridade impetrada que se abstenha de apreender bens da impetrante em operações de tal natureza em casos futuros.

A liminar foi parcialmente concedida às f. 152-4.

O impetrando prestou informações às f. 166-80, requerendo o ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul da lide. Suscitou preliminar de impossibilidade do *writ* para obtenção de tutela de eventos futuros. No mérito, alegou ser necessária a apresentação de Nota Fiscal para o ingresso, no Estado, de mercadorias objeto de comodato, ser inaplicável a Súmula n. 323 do STF, existir previsão legal para retenção de mercadorias, sendo que a Súmula n. 323 do STF deve ser utilizada com razoabilidade, postulando, assim, pela denegação da segurança, ante a inexistência de ato ilegal ou abusivo.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às f. 189-99, opinando pela concessão parcial da segurança, para confirmar a liminar que determinou a liberação dos bens, bem como para reconhecer a não incidência de ICMS sobre a movimentação decorrente de comodato, e determinar à impetrada que se abstenha de apreender bens da impetrante desde que tais produtos estejam acompanhados de documentação fiscal e comprovação de que a movimentação é decorrente de comodato, e reduzir a multa imposta em virtude da inexistência de nota fiscal, no patamar do art. 117, III, "a", do CTE.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Boticário Franchising S/A contra ato praticado pelo Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na apreensão de computadores de sua propriedade e cedidos a seus franqueados em comodato, ao adentrarem no Estado de Mato Grosso do Sul, sob o argumento de ausência de nota fiscal e ausência de recolhimento do ICMS.

Do ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul

Considerando que, na decisão que apreciou o pedido liminar, foi determinada a intimação do Estado de Mato Grosso do Sul para, querendo, integrar a lide, defiro o pedido formulado nas informações.

Isto porque a autoridade impetrada está vinculada ao Estado de Mato Grosso do Sul, pessoa jurídica que arcará com os ônus patrimoniais eventualmente decorrentes da decisão de mérito do presente mandado de segurança. Nesse sentido:

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – INGRESSO DO ESTADO NA LIDE NA CONDIÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO – POSSIBILIDADE – PRELIMINAR – DECADÊNCIA – INOCORRÊNCIA – MÉRITO – PROCESSO SELETIVO INTERNO PARA INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS DO QUADRO QPPM – EXAME DE APTIDÃO FÍSICA – LEGALIDADE – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.
>
> Não há nenhum impedimento para que o Estado de Mato Grosso do Sul, através de sua Procuradoria, venha compor o pólo passivo da presente ação mandamental, uma vez que é a pessoa jurídica de direito público diretamente interessada no resultado da lide, pois pode vir a suportar os eventuais efeitos patrimoniais da impetração.
>
> Não direcionando o impetrante a sua irresignação contra uma das cláusulas editalícias, mas sim, contra a declaração de sua inaptidão em uma das fases do certame, não pairam dúvidas quanto a impossibilidade de que a contagem do prazo decadencial tenha início no dia da publicação do edital regulador do concurso.

> O ato administrativo que considerou o candidato inabilitado no exame de aptidão física, por não conseguir a soma mínima de 151 pontos, não se configura ilegal, conjectura que torna inquestionável a ausência do direito líquido e certo ostentado pelo impetrante em realizar a próxima fase do certame – Curso de Formação de Sargentos. (TJMS n. 2011.020161-3, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, julgado em 26.9.2011)

Da preliminar de inadequação da via eleita

No que se refere ao pedido relativo às operações futuras, tenho que a preliminar de inadequação da via eleita deve ser acolhida, devendo o processo ser extinto sem resolução de mérito quanto a esse pedido.

A impetrante pretende, por via oblíqua, um salvo conduto, pois sua pretensão é de impedir futuras e incertas apreensões, o que não é possível de ser feito pelo presente remédio constitucional. A concessão da tutela inibitória pretendida importaria em ordem genérica abrangendo fatos futuros, o que é inadmissível, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA - CABIMENTO - JUSTO RECEIO - OBJETIVIDADE - ATUALIDADE. Mandado de segurança não se presta a obtenção de sentença genérica, aplicável a casos futuros da mesma espécie. No mandado de segurança preventivo visa o impetrante a desconstituir ato cuja consumação se pretende evitar. Processo extinto. Por maioria, declarar extinto o processo. (STJ, MS n. 5529/DF, Primeira Seção, Rel. Garcia Vieira, julgado em 23.9.1998)

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DISCUSSÃO ACERCA DA INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS EM REGIME DE COMODATO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO DIREITO ALEGADO. MANDAMUS NORMATIVO.
>
> 1. Mandado de segurança preventivo, no qual se pretende o reconhecimento de que não há incidência do ICMS na importação, sob regime jurídico de comodato, de equipamentos e peças de reposição, pela impetrante, e que, em conseqüência, não pode a ilustre autoridade coatora criar embaraços à liberação dos bens, devendo ser determinada àquela autoridade que aponha o 'visto fiscal' nos documentos de importação dos bens importados pela impetrante sob o regime de comodato, assim permitindo a liberação dos mesmos pela repartição alfandegária.
>
> 2. Alegada prova pré-constituída consistente em contrato de comodato firmado entre a empresa belga *Société Internationale de Télécommunications Aéronautiques* - SITA e a impetrante (sociedade por quotas de responsabilidade limitada, na qual um dos sócios é o representante do comodante), com vigência de cinco anos, pelo qual àquela cede a esta, sem quaisquer ônus, equipamentos de telecomunicação e computação (alguns em processo de importação e outros a serem importados no curso do negócio jurídico), para uso, no Brasil, por sua rede internacional de clientes.
>
> 3. Ameaça ao direito líquido e certo fundada em precedente exigência fiscal de recolhimento de ICMS na importação de bens, sob o regime de comodato, o que ensejou a impetração de anterior mandado de segurança.
>
> 4. O mandado de segurança preventivo exige efetiva ameaça decorrente de atos concretos ou preparatórios por parte da autoridade indigitada coatora, não bastando o risco de lesão a direito líquido e certo, baseado em conjecturas por parte do impetrante, que, subjetivamente, entende encontrar-se na iminência de sofrer o dano.

> 5. Outrossim, é cediço em doutrina que: "Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais." (MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**, 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 36-7).
>
> 6. Deveras, não se admite a impetração de mandado de segurança com pedido genérico, de índole normativa, visando atingir futuras operações de importação, tanto mais que é jurisprudência sumulada a que assenta que a coisa julgada tributária adstringe-se ao exercício no qual restou deferida (Súmula n. 239/STF).
>
> 7. Destarte, tratando-se de ICMS, matéria local, é possível a alteração do fato gerador, inalcançável por decisão com efeito retrooperante.
>
> 8. Recurso especial desprovido. (REsp n. 791.421/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.4.2007, DJ de 11.6.2007, p. 272)

O professor José Cretella Júnior, na obra **Comentários à Lei do Mandado de Segurança**[1], verbera:

> A inicial será desde logo indeferida quando não for caso de segurança, ou seja, quando se tratar, por exemplo, dos seguintes casos: não ocorrer lesão de direito líquido e certo; não houver obrigação de prestação por parte do Estado ao pretenso titular; não ocorrer ilegalidade ou abuso de poder; quando se verificar ilegitimidade do sujeito passivo, ou seja, não se tratar de autoridade ou de ente equiparado a essa autoridade; quando ocorrer lesão atacável por outra via que não o mandado de segurança, como no caso da ação popular, ou *habeas corpus*, ou da ação ordinária, que admite a delação probatória.

Assim, resta hialino que não é caso de segurança, pois se pretende, na verdade, uma determinação genérica deste juízo, sendo que a pretensão não pode ser alcançada por via deste *mandamus*, subsumindo ao disposto no art. § 5º[2] do art. 6º da Lei n. 12.016/09, pois evidente a falta de interesse de agir, pela inadequação do instrumento utilizado.

Dessa forma, reconhecendo a impossibilidade de obtenção da segurança para eventos futuros e incertos, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, no que tange a este pedido do mandado de segurança, com fulcro nos artigos 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/09 c.c. art. 267, VI, do CPC.

Do mérito

Passo a apreciar os pedidos remanescentes que, no mérito, devem ter a ordem concedida.

No que tange ao pedido de reconhecimento de nulidade dos Termos de Apreensão, possui razão a impetrante.

Vejamos o disposto no RICMS – Decreto n. 9.203/98:

> Seção II
>
> Do Termo de Apreensão

1 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 219.

2 § 5º Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

> Art. 144. Da apreensão administrativa deve ser lavrado termo, assinado pelo detentor do bem apreendido ou, na sua ausência ou recusa, por duas testemunhas, e, ainda, sendo o caso, pelo depositário designado pelo funcionário fiscal que fizer a apreensão (Art. 96 da Lei n. 1.810/97).
>
> [...]
>
> § 5º O Termo de Apreensão deve conter, obrigatoriamente:
>
> I - a identificação qualitativa e quantitativa dos bens, das mercadorias ou dos documentos apreendidos;

Pois bem, pela documentação acostada à inicial, resta claro que o comando normativo acima não foi respeitado.

Isto porque os termos de apreensão apresentados às f. 66-73 de fato não apresentam qualquer descrição, seja quantitativa, seja qualitativa, dos bens apreendidos, ferindo não só a letra da lei, mas também os princípios da razoabilidade, eficiência e publicidade, aos quais está jungida a Administração Pública.

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO – EQUÍVOCO NO ENQUADRAMENTO LEGAL DA INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – CLASSIFICAÇÃO ERRADA DA VIA – ATO ADMINISTRATIVO NULO – MULTA INEXIGÍVEL – RECURSO PROVIDO.
>
> Não havendo correspondência entre a tipificação legal e a infração de trânsito, imperiosa é a declaração de nulidade do auto de infração e, por conseguinte, inexigível se torna a multa nele estipulada. (TJMS, AC n. 2008.015731-0, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 15.6.2010)
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE PENALIDADE DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR DECORRENTE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO – IRREGULARIDADE FORMAL – NOTIFICAÇÃO EXTEMPORÂNEA – ATO ADMINISTRATIVO NULO – PENALIDADE IMPONÍVEL – RECURSO IMPROVIDO.
>
> O auto de infração de trânsito deve preencher os requisitos anotados no art. 280 do CTB, sob pena de nulidade por vício formal.
>
> No processo administrativo, para imposição de multa ou penalidade referente à infração de trânsito, faz-se necessário que seja o administrado notificado da autuação e da aplicação da respectiva pena, consoante garante o art. 5º, LV, da CF/88 e em observância ao que também prescrevem os art. 281 e art. 282 do CTB.
>
> Se, da análise dos autos, infere-se que efetivamente houve um erro na formalização do processo administrativo que resultou na imposição de penalidade, já que não houve a regular notificação da autuação bem como a emissão da referida notificação se deu em desconformidade com a lei, pois expedida há mais de trinta dias do cometimento da infração, impõe-se o reconhecimento de sua nulidade. (AC n. 2008.020093-4, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 16.3.2009)

Dessa forma, deve ser reconhecido que os Termos de Apreensão n. 2.969, 21.970, 2.971, 2.972, 2.973, 2.974, 2.975, 2.976 são nulos, em decorrência do evidente vício formal, assim como as eventuais consequências e/ou sanções deles decorrentes.

Quanto à apreensão das mercadorias em discussão, a ordem deve ser concedida, confirmando-se a liminar.

É que a empresa impetrante demonstrou que houve a apreensão de mercadorias que adentraram ao Estado de Mato Grosso do Sul sob o argumento de irregularidade no recolhimento do ICMS (f. 66-73), contudo, também comprovou que tais produtos são objeto de comodato gratuito que celebrou com as franqueadas da empresa para a qual presta serviço de assessoramento (f. 91-138), ou seja, houve apreensão de mercadorias sobre as quais não deve incidir ICMS.

De outro vértice, a retenção ou obstrução das mercadorias da impetrante encontra óbice na Súmula n. 323 do Supremo Tribunal Federal: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Constata-se, daí, sem a necessidade de maiores digressões, que, no tocante à apreensão das mercadorias, é flagrante a ilegalidade do ato impugnado pela impetrante, visto que não pode a Fazenda Estadual se utilizar de meios coercitivos para tentar receber valores relativos a tributos, mesmo porque possui instrumentos adequados para tanto independentemente do fato de esse tributo ser ou não devido.

São claros os prejuízos causados ilicitamente pela autoridade coatora, que provocou a paralisação da mercadoria necessária ao desenvolvimento da atividade empresarial dos clientes da impetrante, razão pela qual a ordem deve ser concedida, de maneira a impedir que a liberdade empresarial seja condicionada à regularização fiscal.

Assim, resta suficientemente configurada a lesão a direito líquido e certo da impetrante.

Destaca-se a jurisprudência deste Tribunal:

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE MERCADORIAS – CONTRIBUINTE INADIMPLENTE COM O FISCO – LIBERAÇÃO DA MERCADORIA MEDIANTE PAGAMENTO – ATO ILEGAL – ORDEM CONCEDIDA.
>
> Consoante entendimento pacificado do STJ, é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitível para pagamento de tributos. (TJMS, MS n. 2011.007068-5, Terceira Seção Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 16.5.2011)
>
> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – RETENÇÃO E APREENSÃO DE MERCADORIAS – IMPOSSIBILIDADE – ENUNCIADO N. 323 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO STF – LIBERAÇÃO DA MERCADORIA – SEGURANÇA CONCEDIDA.
>
> Na esteira do preceito sumular n. 323 do Supremo Tribunal Federal, reveste-se de ilegalidade a apreensão de mercadorias como forma de compelir o contribuinte ao recolhimento de tributo. Segurança concedida. (TJMS, MS n. 2009.033001-0, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 22.3.2010)
>
> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – ILEGALIDADE DA APREENSÃO DE MERCADORIA EM RAZÃO DE DÉBITO FISCAL – ACOLHIDA – ORDEM CONCEDIDA.
>
> Se a dita autoridade coatora defende a legalidade do ato administrativo atacado pelo *mandamus* resta afastada a alegação de ilegitimidade passiva pela aplicação da teoria da encampação. Ademais, o consumidor do serviço público não pode ver impedido o seu livre acesso ao judiciário diante do emaranhado de funções que compõe a atividade administrativa, onde se torna difícil apontar a autoridade competente para cumprir a decisão judicial ou desfazer o ato ilegal. Este imbróglio administrativo não pode pesar sobre o impetrante.

> Se há legislação estadual (inciso II do art. 93 da Lei n. 1.180/97 - art. 138 do Decreto n. 9.203/98) que permite a apreensão de mercadoria por débito fiscal e há norma constitucional vedando obstáculo ao livre exercício da profissão (inciso XII do art. 5º), com base no princípio implícito da hierarquia constitucional resta claro que a legislação estadual não deve produzir efeitos, mormente quando se revela desproporcional apreender mercadorias para receber por tributos. (TJMS, MS n. 2009.006547-4, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 8.6.2009)

No mesmo sentido é a jurisprudência do STJ:

> TRIBUTARIO. APREENSÃO DE MERCADORIA COM FINALIDADE DE COERÇÃO AO PAGAMENTO DE TRIBUTO EXIGIDO. LEGITIMIDADE ATIVA. SUMULA N. 323, DO COLENDO STF.
>
> 1. TERMO DE APREENSÃO DE MERCADORIA EM QUE APARECE COMO SUJEITO PASSIVO A COOPERATIVA REGIONAL CASTILHENSE DE CARNES E DERIVADOS LTDA, PRIMEIRA IMPETRANTE QUE NÃO APRESENTOU IRRESIGNAÇÃO RECURSAL.
>
> CONTUDO, A APREENSÃO SE DEU TENDO POR OBJETO QUANTIDADES DE CARNES CUJO DESTINATARIO ERA A PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A, UNICO RECORRENTE. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO LITISCONSORCIO. PRELIMINAR DE CARENCIA DE AÇÃO REJEITADA.
>
> 2. E PACIFICO NO AMBITO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE O ENTENDIMENTO DE QUE "E INADMISSIVEL A APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVEL PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS". (SUMULA N. 323/STF).
>
> 3. RECURSO IMPROVIDO. (REsp n. 162.034/RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 12.3.1998, DJ de 15.6.1998, p. 51)

No que se refere à incidência de ICMS nas operações em questão, não se pode olvidar que, como dito, restou comprovado pela impetrante que as mercadorias apreendidas adentraram ao Estado de Mato Grosso Sul em decorrência de contrato de comodato gratuito, e não de compra e venda, motivo pelo qual não há falar na incidência de ICMS.

Nesse sentido já decidiu o STJ:

> RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. COMODATO. NÃO-CONSTITUIÇÃO DO FATO GERADOR. BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. CREDITAMENTO. ESTORNO. DESCABIMENTO.
>
> 1. Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato. (Súmula n. 573/STF) 2. Deveras, a transferência de bens do ativo permanente, no âmbito da mesma empresa, não constitui fato gerador do ICMS, sendo indevido o crédito relativos a eles.
>
> 3. Consoante a Súmula do Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência do Eg. STJ, o pleito da parte é não ser instada a estornar, exatamente porque aquilo não gera o crédito que imporia, por força do princípio da cumulatividade, a compensação da operação subseqüente.
>
> 4. Recurso Especial parcialmente conhecido, e provido. (REsp n. 791.491/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/Acórdão Ministro Luiz Fux, julgado em 19.9.2006, DJ de 7.11.2006, p. 252)

A questão, portanto, já restou sumulado pelo STF, *in verbis*: "*Súmula 573. Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato.*"

Inclusive, constata-se que não procede a alegação da autoridade, quanto à impetrante ter o dever de apresentar Nota Fiscal de cada uma de suas mercadorias, mesmo que não tributadas, pois a impetrante não é contribuinte de ICMS, bastando comprovar a situação de comodato das mercadorias transportadas, o que se extrai da própria leitura do art. 90, I, § 2º, do Código Tributário Estadual, senão vejamos:

> Art. 90. Os contribuintes devem, relativamente a cada um de seus estabelecimentos:
>
> I - emitir documentos fiscais, conforme as operações que realizem, ainda que não tributadas ou isentas do ICMS;
>
> [...]
>
> § 2º Nos documentos fiscais referentes a operações não tributadas ou isentas do ICMS, deve ser indicado o dispositivo legal que prevê a exoneração tributária.
>
> Destarte, como a impetrante não é contribuinte do ICMS, como pode ser facilmente vislumbrado pelo objeto de seu estatuto social acostado às f. 36-49, não está submetida ao comando normativo acima transcrito.

Nesse sentido já se posicionou este Tribunal:

> EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – REEXAME NECESSÁRIO – DIREITO TRIBUTÁRIO – ICMS – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL – NÃO INCIDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – DEVER DE ESCRITURAR – DESCABIMENTO DA EXIGÊNCIA – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.
>
> A empresa de construção civil, quando adquire produtos para emprego em suas obras, não é contribuinte de ICMS.
>
> A obrigação acessória somente pode ser exigida para instrumentalizar ou viabilizar a cobrança de um tributo.
>
> Se a pessoa jurídica não é contribuinte do ICMS, não há interesse para lhe impor a obrigação acessória de escriturar os livros fiscais relativos ao tributo. Inteligência do artigo 113, § 2º, do CTN e artigo 90, II, da Lei Estadual n. 1.810/97.
>
> Recurso do réu improvido. Recurso da autora provido, para declarar a nulidade do auto de infração lavrado em virtude do descumprimento da obrigação acessória. (TJMS, AC n. 2006.006476-5, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto, julgado em 2.3.2010)

Assim, por via de consequência, também tem razão a impetrante ao alegar que a multa que lhe foi imposta é inaplicável. Seja pela nulidade formal do Auto de Apreensão, seja pela ausência obrigação tributária da impetrante, principal ou acessória, a penalidade deve ser afastada.

Diante do exposto, em parte com parecer:

a) acolho a preliminar de carência de ação quanto ao pedido de abstenção de a autoridade impetrada apreender mercadorias de operações futuras da impetrante, extinguindo o processo sem resolução de mérito quanto a este pedido.

b) Quanto aos pedidos remanescentes, concedo a segurança pleiteada, declarando a nulidade dos Autos de Infração, ante o vício formal existente, bem como confirmo a liminar concedida, no sentido de determinar a liberação definitiva das mercadorias apreendidas, e, ainda, declaro a não incidência das obrigações tributárias principal e acessória do ICMS nas operações de comodato relativas às mercadorias objeto dos Termos de Apreensão n. 2.969, 21.970, 2.971, 2.972, 2.973, 2.974, 2.975, 2.976, afastando, por conseguinte, as respectivas penalidades impostas pela Autoridade Fazendária.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, ACOLHERAM A PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E, NO MÉRITO, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, EM PARTE COM O PARECER. AUSENTE, POR FÉRIAS, O DES. PAVAN.

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

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Marco André Nogueira Hanson, Oswaldo Rodrigues de Melo e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 17 de outubro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2011.028064-0/0001-00 - Chapadão do Sul
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – INTERPOSIÇÃO VIA FAX – REMESSA DA PEÇA ORIGINAL – PRAZO DE CINCO DIAS – INTERPOSIÇÃO EXTEMPORÂNEA – RECURSO INTEMPESTIVO – REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

Nos termos do art. 2º da Lei n. 9.800/99, é intempestivo o recurso de agravo regimental interposto via fax se a petição original não é apresentada em juízo no prazo de cinco dias.

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, não conhecer o recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de novembro de 2011.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Vilmuth Marks, inconformado com a decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de apelação cível interposto nos autos da Ação de Cobrança, movida em face de Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A., interpõe o presente Regimental.

Alega o apelante que não ocorreu a prescrição declarada em instância singela, pois, embora pretenda obter a restituição dos valores gastos com a construção da rede de energia elétrica ocorrida no ano de 1989, o prazo prescricional conta-se a partir da incorporação da rede ao patrimônio da apelada, que ocorreu no dia 1º de janeiro de 2006, por força do artigo 15 da Lei n. 10.848/2004 e do artigo 71 do Decreto Federal n. 5.163/2004.

Sustenta que não há falar em início da contagem do prazo da prescrição sem que tenha ocorrido o evento que caracteriza o fato gerador da pretensão, isto é, sem que tenha sido violado o direito material em questão, consoante preconiza o artigo 189 do Código Civil.

Defende a aplicação do prazo prescricional das ações de natureza pessoal do artigo 205 do Código Civil ao caso, que prevê o lapso de 10 anos.

Por fim, requer o recebimento do regimental, submetendo o recurso de apelação cível à apreciação do Órgão Colegiado, a fim de julgá-lo totalmente procedente.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de Agravo Regimental interposto por Vilmuth Marks, inconformado com a decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de apelação cível interposto nos autos da Ação de Cobrança, movida em face de Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A.

Pois bem. Compulsando os autos, verifico que o recurso de agravo regimental é intempestivo.

Com efeito, a data da publicação da decisão monocrática no Diário da Justiça ocorreu em 5 de outubro do corrente ano (f. 168), sendo este o dia da intimação das partes, sendo que o prazo começou a correr na quinta-feira, dia 6 de outubro de 2011, terminando em 13.10.2011 (quinta-feira).

O apelante, ora agravante, apresentou no dia 13.10.2011, via Fax, o recurso de agravo regimental (f. 169-75).

Nesses casos, estabelece o artigo 2º da Lei n. 9.800/99:

> Art. 2º A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término. (Grifei)

Dessa forma, o agravante tinha até o dia 18 de outubro de 2011 (5 dias) para juntar aos autos o original da petição de 169-75, interposta via Fax.

Contudo, vislumbra-se que o agravante somente protocolou a peça original no dia 19.10.2011 (f. 177), de modo que o recurso não pode ser conhecido, por estar intempestivo.

Não é outro, aliás, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL - PROCESSUAL CIVIL - REMESSA DA PEÇA ORIGINAL - ART. 2º DA LEI N. 9.800/99 - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO - Não se conhece do regimental quando o original do recurso não é entregue em juízo em até o quinto dia posterior ao envio do *fac-símile*. Inteligência do art. 2º da Lei n. 9.800/99. Agravo regimental não conhecido. (STJ, AgReg em REsp n. 200500600806 (741629 RS), Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 21.11.2005, p. 323).

No mesmo sentido o entendimento desta Corte:

> AGRAVO REGIMENTAL – DESCUMPRIMENTO DO ART. 2º DA LEI N. 9.800/99 – AUSÊNCIA DE JUNTADA DO ORIGINAL DA PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO – RECURSO INTEMPESTIVO – NÃO-CONHECIMENTO.
>
> Nos termos do art. 2º da Lei n. 9.800/99, os originais dos documentos e petições interpostas em juízo devem ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data do término do prazo de interposição.
>
> É intempestivo o agravo regimental interposto via *fax*, se a petição original não é apresentada em juízo no prazo de cinco dias. (TJMS, AgReg em Ag n. 2007.029185-3/0001-00, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 19.11.2007).
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – INTERPOSIÇÃO VIA *FAX* – ORIGINAIS PROTOCOLIZADOS FORA DO QÜINQÜÍDIO LEGAL

– ART. 2º DA LEI N. 9.800/99 – INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO – NÃO-CONHECIMENTO.

Não se conhece do recurso interposto via *fac-símile* em que a parte deixa de juntar os originais no prazo legal de cinco dias. Inteligência do art. 2º da Lei n. 9.800/99. (TJMS, ED em AC n. 2003.005820-6/0001-00, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 21.11.2006).

APELAÇÃO CÍVEL – PETIÇÃO TRANSMITIDA VIA *FAC-SÍMILE* – ORIGINAL APRESENTADO FORA DO PRAZO – LEI N. 9.800/99 – NÃO-CONHECIMENTO.

É intempestivo o recurso de apelação interposto via *fax* se a petição original não é apresentada em juízo no prazo de cinco dias, assinalado pela Lei n. 9.800/99. (TJMS, AC n. 2005.004293-1, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 9.5.2006).

Desse modo, sem mais delongas, não conheço do regimental interposto, ante a sua manifesta intempestividade.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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 João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 8 de novembro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.017499-0 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE VEÍCULO – DESISTÊNCIA – INADIMPLEMENTO – PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA DEVE SER OBSERVADA PELOS CONTRATANTES – RECURSO IMPROVIDO.

Não se pode admitir o comportamento contraditório entre os contratantes, pois a boa-fé é embasada na confiança que envolve os sujeitos da relação jurídica, e compõe-se de uma regra de conduta, socialmente indicada, cujo paradigma é construído por padrões de correção, lisura e honestidade, inseridos na consciência do homem médio comum.

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 setembro de 2011.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Lourenço de Oliveira Costa interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 11ª Vara Cível desta Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente o pedido formulado na ação de cobrança ajuizada em desfavor de Humberto Pereira da Silva – ME.

Alega, em suas razões, que o ajuizamento da ação reparatória foi em razão da ação por parte do apelado, de lhe ter subtraído um ônibus, objeto do contrato pactuado entre ambos, e tendo o apelante efetuado o pagamento parcial do bem, a rescisão do contrato foi efetuada por culpa do apelado que retirou o bem à força, caso em que deve devolver os valores já pagos.

Aduz que, inclusive, já havia manifestado interesse na devolução do veículo, o que não foi efetuado pela imposição excessivamente onerosa por parte do recorrido, qual seja, a de que fosse pago o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelos meses em que ficou com a posse do bem.

Sustenta que não foi constituído em mora pelo apelado tampouco o contrato foi executado e, tendo dado causa à rescisão, deve suportar o ônus de indenizar o recorrente, devolvendo o valor pago de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigido pelo IGPM e acrescido de juros de 12% (doze por cento) ao ano.

Contrarrazões (f. 138-40).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de apelação cível contra sentença de improcedência do pedido formulado na ação de cobrança ajuizada por Lourenço de Oliveira Costa em face de Humberto Pereira da Silva – ME.

O autor ajuizou a presente ação aduzindo que adquiriu do requerido, através de Contrato de Compra e Venda de Veículo com Reserva de Domínio, um ônibus Mercedes Benz, modelo 0364, ano 1980, placas BWJ 0065, chassi 36417313040368, motor 355/6, rodoviário de aluguel para 44 pessoas, em boas condições de mecânica, estofamento e pintura, com seis pneus seminovos, bateria na garantia, com tacógrafo, equipamento obrigatório e som, pelo preço de R$ 27.800,00 (vinte e sete mil e oitocentos reais) que seriam pagos em quatro cheques de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) cada, o primeiro com vencimento para 25.6.2007 e os demais sucessivamente e o último para 25.9.2007; um cheque de R$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais) para 25.10.2007; mais cinco notas promissórias no valor de R$ 640,00 (seiscentos e quarenta reais), vencendo a primeira em 25.6.2007 e a última em 25.10.2007.

Afirmou que, na data de 13.12.2007, o requerido, usando as chaves reserva, furtou o objeto do contrato que se encontrava em um lava-jato, privando-o do seu instrumento de trabalho. Pediu a condenação do requerido à devolução do valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) efetivamente pago, devidamente corrigido e acrescido de juros moratórios; mais dano material de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) relativos ao ganho mensal líquido que obtinha com o veículo; mais R$ 27.800,00 (vinte e sete mil e oitocentos reais) *"pela não devolução dos valores efetivamente pagos ao requerido conforme narra o contrato"*; e, em danos morais no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais).

Citado, o requerido apresentou contestação e pedido contraposto, alegando que já a partir da devolução do segundo cheque em 25.7.2007, sem provisão de fundos, o contrato estava rescindido por culpa exclusiva do autor, que todos os cheques, aos serem reapresentados, foram sustados, não pagando também as notas promissórias.

Ressaltou que a devolução do ônibus somente ocorreu em dezembro de 2007, mediante autorização do autor e na presença de testemunhas, e que o veículo encontrava-se em péssimas condições de uso e locomoção, pois os pneus estavam em mau estado, bancos rasgados, sem freio, cambio quebrado, sem tacógrafo e som, além de apresentar danos na lataria. Que teve despesas de R$ 1.821,00 (mil, oitocentos e vinte e um reais). Pediu a condenação do autor ao pagamento do valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês, conforme constou no contrato; ao pagamento dos danos apresentados, condenando-o, ainda, por litigância de má-fé.

Em decisão saneadora (f. 127-8), o pedido contraposto foi indeferido.

A sentença foi de improcedência do pedido, motivo da insurgência do autor.

Depreende-se dos autos que o autor pleiteia o reconhecimento de que a rescisão do contrato de compra e venda deu-se por culpa exclusiva do requerido, que retomou o bem por seus próprios meios, privando-o do seu sustento. Requer, assim, a aplicação da cláusula de desistência constante do contrato, com a devolução do valor pago.

Eis a cláusula do contrato que prevê acerca da desistência dos promitentes:

> Desistência: Havendo desistência dos compradores ou falta de pagamento será cobrado a título de aluguel do veículo R$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês e se o vendedor desistir do negócio será devolvido o valor pago até a data. com a devolução do valor pago.

De fato, a questão diz respeito ao descumprimento do contrato, onde o autor alega ter sido pelo vendedor, o requerido, ao retomar o bem objeto do contrato, enquanto este alega o descumprimento pelo comprador, o autor, pelo inadimplemento dos cheques.

No caso de inadimplemento contratual, o ato violador de direito não é ato contra a pessoa, mas, sim, ato contra o conteúdo do contrato. Isto é, o interesse imediato é o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato.

O caso retrata um contrato bilateral, e conforme dispõe o art. 476 do Código Civil: *"Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro."*

Apesar das alegações do autor de que o vendedor tenha desistido do negócio pela retomada do bem, pode-se concluir pelas provas trazidas aos autos que, na verdade, o descumprimento do contrato operou-se com o inadimplemento por parte do comprador.

Na verdade, o cheque sem fundos não constitui pagamento e é causa de rescisão contratual. Se a transação não foi aperfeiçoada com o pagamento do preço ajustado, em razão de os cheques não terem provisão de fundos e restar evidenciado ter sido o vendedor induzido a erro pelo comprador, que entabulou o negócio sem pretender quitar o preço ajustado, resulta, inevitavelmente, na rescisão do negócio.

Anote-se, por oportuno, que o referido inadimplemento contratual é fato incontroverso nos autos. Assim, em razão da inexecução do contrato pelo inadimplemento, conclui-se que, se devida a aplicação da cláusula de desistência, esta seria em face do autor, e não do requerido, conforme previsão na própria cláusula: "**Havendo desistência dos compradores ou falta de pagamento"**.

Inapropriada a alegação do apelante de ausência de notificação, uma vez que a cláusula trouxe consignado que, em caso de inadimplemento, seria considerado como desistência. Note-se que o apelante não alegou o adimplemento do bem, e mesmo assim, apesar de haver previsão de pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) mensais, enquanto permanecesse com o veículo, pretende, ao contrário, a devolução da única parcela paga, devidamente corrigida e acrescida de juros de mora, além da devolução do valor total pactuado pelo ônibus, incorrendo em evidente quebra do princípio da boa-fé.

Sobre o princípio da boa-fé objetiva, leciona Nelson Nery Júnior:

> A boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar a demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica (lei, fonte de direito, regra jurígena criadora de direitos e de obrigações [...]. (**Código Civil Comentado**. 6. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 506).

> Não se pode admitir o comportamento contraditório entre os contratantes, pois "a boa-fé é embasada na confiança que envolve os sujeitos da relação jurídica, e compõe-se de uma regra de conduta, socialmente indicada, cujo paradigma é construído por padrões de correção, lisura e honestidade, inseridos na consciência do homem médio comum. (TJRS, AC n. 70014143564, Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, julgado em 27.4.2006).

Por tais razões, não há dar provimento ao recurso do apelante, devendo ser mantida a sentença em todos os seus termos.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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 setembro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.023577-9 - Corumbá
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANO MORAL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – CESSÃO DE CRÉDITO – NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR – INOBSERVÂNCIA – INSCRIÇÃO INDEVIDA – DANO MORAL CONFIGURADO – RESTITUIÇÃO EM DOBRO – RECURSO IMPROVIDO.

Se a parte figura como responsável pelo apontamento negativo do nome do consumidor e o pedido tem por objetivo a discussão da irregularidade da restrição de crédito, é parte legítima para figurar no polo passivo da lide.

Não há necessidade de que o devedor anua previamente com a cessão do crédito, mas sua notificação é imprescindível para que o negócio produza seus efeitos (art. 290 do Código Civil).

Alegando o autor o desconhecimento do débito, e não havendo sido notificado da cessão, não poderia o requerido inscrever seu nome nos órgãos restritivos de crédito.

Na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilidade do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se despicienda a prova do prejuízo em concreto.

Se para a fixação dos honorários advocatícios houve a observância do disposto no art. 20, § 3º, do CPC, mostra-se justa sua fixação em 15% sobre o valor da condenação.

De acordo com orientação sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, tanto a má-fé quanto a culpa acarretam a obrigação de restituição em dobro.

EMENTA – RECURSO ADESIVO – COMPENSAÇÃO MORAL – *QUANTUM* ARBITRADO – MAJORAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Para a fixação do valor da indenização por dano moral, deve-se atender a sua dupla função, ou seja, a reparação do dano e a punição do ofensor, o que justifica a majoração de R$ 6.000,00 para R$ 10.000,00.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de outubro de 2011.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Atlântico – Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados (Nova Denominação do CRDG BZ Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados) –, interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, que, julgou procedente o pedido formulado na ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c indenização por danos morais ajuizada por Thiago Rosa Giordano Alves.

Alega, preliminarmente, a ilegitimidade passiva, uma vez que se trata de erro na constituição do crédito, devendo ser responsabilizada a empresa cedente, que cedeu o crédito inconsistente como legítimo.

Aduz que o devedor foi formalmente notificado sobre a cessão de crédito, tendo recebido em sua residência a referida notificação, onde constam as informações da cessão de crédito, o valor devido, para quem deve ser feito o pagamento e a data de pagamento antes da inclusão do nome em órgãos de proteção ao crédito.

Assevera que se tornou credor dos débitos referentes à linha telefônica, em razão do contrato de cessão de crédito efetuado com a empresa originalmente credora, Brasil Telecom, e, tendo a dívida origem certa e conhecida pelo apelado, cabível é a inscrição do seu nome nos órgãos cadastrais de inadimplentes, já que, após a cessão do crédito, não arcou com suas obrigações, tornando legítima a cobrança.

Argumenta que, ante a não quitação do débito pelo devedor, inseriu seu nome nos cadastros restritivos de crédito, de forma legal, no exercício regular do seu direito de credor.

Destaca que não restaram comprovados os prejuízos suportados pelo apelado que seriam capazes de ensejar o pagamento de indenização por danos morais, pois o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mesmo considerando a negativação.

Garante que a fixação do *quantum* indenizatório deve ser feita de forma prudente, pois deve-se revestir de caráter compensatório, mas não servir de fonte de enriquecimento ao lesado, devendo haver razoabilidade entre o dano experimentado e o valor da condenação.

Diz que, em face do pequeno grau de complexidade e mínimo trabalho despendido, o valor dos honorários deve ser reduzido para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Sustenta que a devolução dos valores decorre da cobrança indevida, o que não se vislumbra no presente caso, sendo descabido e improcedente o pedido.

Requer, para fins de eventuais recursos aos Tribunais Superiores, a manifestação expressa acerca dos artigos 5º, II, XXXVI, LV, 102 e 105, III, "a", da Constituição Federal; artigo 290 do Código Civil; artigos 927, 945 e seguintes do Código Civil; artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Thiago Rosa Giordano Alves apela, adesivamente, alegando que o valor fixado a título de reparação por danos morais consubstancia-se em quantia irrisória em relação ao poderio econômico da condenada, inapta para sua função reparatória, pedagógica e sancionatória, além de se distanciar da média adotada pelos tribunais, em especial, o Superior Tribunal de Justiça, devendo o valor ser majorado para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Contrarrazões apresentadas pelo autor às f. 165-74. Contrarrazões ao recurso adesivo (f. 187-200).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Atlântico Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados e de recurso adesivo manejado por Thiago Rosa Giordano Alves contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá.

O autor ajuizou a presente ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com indenização por danos morais, alegando que, seu nome foi inscrito em cadastro de restrição de crédito pelo requerido, no valor de R$ 470,31 (quatrocentos e setenta reais e trinta e um centavos), proveniente de uma linha telefônica que não adquiriu. Parcelou o débito em cinco vezes, com o intuito de retirar seu nome do órgão de proteção ao crédito. Pediu a declaração da inexistência do débito, a restituição em dobro do valor pago indevidamente e a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Julgou-se procedente o pedido para: declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes; condenar o requerido a restituir em dobro os pagamentos realizados indevidamente pelo autor; e ao pagamento a título de danos morais, de R$ 6.000,00 (seis mil reais) atualizado pelo IGPM desde a data da sentença e com a incidência de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação.

Analiso em conjunto ambos os recursos, obedecendo à ordem de prejudicialidade das matérias suscitadas.

Alega o apelante, preliminarmente, que, se a cobrança foi indevida, sua ilegitimidade é patente, devendo ser responsabilizada a cedente, que lhe transferiu crédito inconsistente.

Verifica-se, contudo, que a apelante, na condição de cessionária de crédito da empresa Brasil Telecom S/A, encaminhou o nome do apelado para inscrição no órgão de proteção ao crédito, conforme demonstra o documento de f. 12, comunicando a existência de débito no valor de R$ 470,31 (quatrocentos e setenta reais e trinta e um centavos).

Em tal circunstância, por força do que dispõe o artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, respondem solidariamente a empresa cedente, Brasil Telecom S/A, e, na condição de cessionário do crédito, o Fundo de Investimento, considerando que se trata de responsabilidade objetiva decorrente de falha na prestação de serviço, pois o consumidor está sendo cobrado por dívida inexistente.

Outrossim, conforme sabido, a legitimidade para ser parte na relação jurídica processual decorre do simples fato de alguém estar envolvido num conflito de interesses, independentemente da relação jurídica material, e que, dependendo do desate da lide, poderá suportar os efeitos da sentença.

Desta forma, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A apelante figura como responsável pelo apontamento negativo feito em nome da autora, conforme se verifica do documento de f. 12, e, visto que o pedido inicial tem por objetivo a discussão da irregularidade da restrição de crédito, o suposto credor é parte legítima para figurar no polo passivo da lide.

Esta 5ª Turma já decidiu neste mesmo sentido:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANO MORAL – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADAS – CESSÃO DE CRÉDITO – NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR – INOBSERVÂNCIA – APLICAÇÃO DO CDC – INSCRIÇÃO INDEVIDA – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO IMPROVIDO.

> Se a apelante figura como responsável pelo apontamento negativo do nome da autora e o pedido tem por objetivo a discussão da irregularidade da restrição de crédito, o suposto credor é parte legítima para figurar no polo passivo da lide. [...] (TJMS, AC n. 2010.009166-2, Ponta Porã, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 27.5.2010).

Por essa razão, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

Com relação ao mérito, aduz que a cobrança resultou de cessão de crédito; que não restaram comprovados os prejuízos suportados pela apelada que seriam capazes de ensejar o pagamento de indenização por danos morais, pois, mesmo considerando a negativação, deve-se ter em mente que o dano hipotético não é indenizável.

No entanto, de acordo com o artigo 290 do Código Civil, *"a cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita"*

Assim, a cessão de crédito opera-se quando o credor transmite seu crédito, total ou parcial para terceiro, o cessionário, e mantém a relação obrigacional primitiva com o mesmo devedor, não havendo a necessidade de que o devedor anua, previamente, com a cessão, é, no entanto, imprescindível sua notificação, para que o negócio produza seus efeitos.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

> A respeito, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho lecionam: "Aspecto importante que merece ser ressaltado diz respeito à notificação do devedor, para que a cessão tenha eficácia jurídica em face deste último. Conforme já explicitamos, o devedor não precisa autorizar a cessão. Isso quer dizer, todavia, que não deva ser notificado a respeito do ato, até para saber que, a partir daquela comunicação, não pagará mais a dívida ao credor primitivo (cedente), mas sim ao novo (cessionário). Esse dever de informar toca, inclusive, a questão de boa fé objetiva nos contratos. Trata-se de um dever anexo de lealdade, imposto ao cedente, como requisito indispensável para a eficácia jurídica do negócio de transmissão que realiza" (**Novo curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 269) (TJSC, Ag n. 2004.0212204-6, Rel. Des. Jânio Machado, julgado em 16.3.2006)[1]

Nesse tanto, cabia ao apelante a comprovação da cientificação do apelado da efetivação da cessão de crédito, para a configuração da licitude e validade da cessão, o que não ocorreu, pois não há nos autos a comprovação da notificação do apelado, conforme prevê o artigo 290 do Código Civil.

Deve-se ter em mente, ainda, que o apelado alega o desconhecimento do débito, e não havendo sido notificado da cessão, não poderia o apelante ter inscrito o nome do apelado nos órgãos restritivos de crédito.

Ora, diante da afirmação do autor, de que jamais teve qualquer relação jurídica com o requerido, caberia a este demonstrar o contrário, trazendo aos autos elementos probatórios que atestassem a celebração do contrato que acarretou a negativação do seu nome.

Entretanto, o apelante não trouxe aos autos nenhum elemento de prova nesse sentido, limitando-se a afirmar que a dívida tem origem em contrato do autor com a Brasil Telecom S/A.

Bem de se ver, por outro lado, que não ficou comprovada a existência de operação de cessão, envolvendo o crédito que deu origem à negativação objeto de discussão nestes autos, pois a apelante juntou aos autos somente a certidão expedida pelo Cartório de Registro de Títulos e Documentos acerca do Termo de Cessão

1 IMHOF, Cristiano. **Código Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 361.

realizado entre a cedente Brasil Telecom S/A e o cessionário Atlântico Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados (f. 53), não traz o rol dos direitos de crédito que constituíram seu objeto.

Portanto, é irrelevante a alegação de não comprovação do dano moral pelo apelado, pois decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO CIVIL. DANO MORAL. REGISTRO INDEVIDO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilidade do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material. (REsp n. 556745-SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

Assim, demonstrada a inexigibilidade do débito apontado na inicial, bem como a culpabilidade do requerido quanto ao dano moral suportado pelo autor, a manutenção da sentença se impõe.

É sabido que, na quantificação da indenização por dano moral, deve o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitrar, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo ao ressarcimento do dano extrapatrimonial.

Neste propósito, impõe-se que o magistrado atente às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como à intensidade e duração do sofrimento, e à reprovação da conduta do agressor, não se olvidando, contudo, que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

Eis o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

> ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE – CIVIL – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. 2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula n. 7/STJ, pela valoração jurídica da prova. 3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais. 4. Recurso especial parcialmente provido. (REsp n. 604801/RS, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 23.3.2004, DJ de 7.3.2005, p. 214)
>
> [...]
>
> DANOS MORAIS - MAJORAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO.
>
> **A quantificação dos danos morais deve 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**. (TJMS, AC n. 2009.029580-2, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 26.11.2009)

No presente caso, demonstrada está a abusividade do ato praticado pelo requerido. Levando em conta as condições econômicas e sociais do ofendido e do ofensor; a gravidade potencial da falta cometida, considerando, principalmente, o caráter pedagógico da indenização, cujo montante não pode ser causa de enriquecimento injustificado; impõe-se a majoração do valor para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

De outra feita, alega o apelante, com relação aos honorários, que, em face do pequeno grau de complexidade e mínimo trabalho despendido, o valor dos honorários deve ser reduzido para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Entretanto, os honorários advocatícios fixados na sentença em 15% sobre a condenação remuneram condignamente o trabalho desenvolvido pelo profissional da advocacia, levando-se em conta o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho e tempo exigidos, nos moldes do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, de modo que não merece a redução pretendida no apelo.

Também com respeito à devolução dos valores pagos pelo apelado, com a qual se insurge o apelante, sustentando que a devolução dos valores decorre da cobrança indevida, o que não se vislumbra no presente caso, sendo descabido e improcedente o pedido, não merece reforma a sentença, pois, de acordo com o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que:

> Artigo 42: Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.
>
> Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Ora, não se pode dizer que se está diante da exceção do engano justificável, prevista no parágrafo único do artigo 42 do CDC, para admitir a devolução de forma simples, pois os fatos apontam para a prática de um ato injustificável do ponto vista consumerista.

Eis, a propósito, o posicionamento da jurisprudência:

> Havendo cobrança de quantia indevida tem o consumidor o direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, ante a ausência de engano justificável, o qual não decorre de dolo (má-fé) ou culpa na conduta do fornecedor do serviço. (TJMS, AC n. 2011.005494-2, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 12.4.2011, *in site* do TJMS).
>
> O STJ firmou orientação de que tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição do fornecedor do produto na restituição em dobro.
>
> Descaracterizado o erro justificável, devem ser restituídos em dobro os valores pagos indevidamente. (STJ, AgRg no AgReg no Ag n. 1255232/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamim, julgado em 22.2.2011, DJ de 16.3.2011).

Assim, demonstrado, de um lado, a ausência de erro justificável e também a negligência do apelante, impõe-se a manutenção da sentença que concluiu pela sua condenação à devolução em dobro da quantia indevidamente paga pelo apelado.

Com relação ao prequestionamento efetuado pela apelante, é preciso dizer que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, e sim que o direito tenha sido efetivamente exposto, significando dizer que não há a necessidade de se apontar o artigo do Código ou da Constituição no acórdão se a questão já foi suficientemente debatida.

Assim, se a questão já foi suficientemente debatida, dispensa-se 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*."[1]

1 ED n. 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, 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.[2]

Ante o exposto, conheço dos recursos e: a) nego provimento ao interposto por Atlântico Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados; b) dou provimento ao adesivo manejado por Thiago Rosa Giordano Alves para majorar o valor da indenização por danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL, SENDO PROVIDO O APELO ADESIVO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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, 6 de outubro de 2011.

***

2 in **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais**. São Paulo: RT, 2001. p. 859.

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.028389-7 - Aparecida do Taboado
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DPVAT – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 3º, "B", DA LEI N. 6.194/74, ALTERADO PELA LEI N. 11.482/07 – PERDA DENTÁRIA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INVALIDEZ, AINDA QUE PARCIAL – PROBLEMA QUE PODE SER SOLUCIONADO ATRAVÉS DE TRATAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

É necessária a comprovação da invalidez permanente para, com fundamento na Lei n. 11.482/07, ser devida a indenização decorrente de acidente causado por veículo automotor.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de outubro de 2011.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

José Maria Soares apela a este Tribunal, irresignado com a sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Aparecida de Taboado, que, nos autos de ação de cobrança que moveu em face de Cia. de Seguros Aliança do Brasil, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial.

Alega, em suas razões, que a perda óssea do maxilar e a perda de diversos dentes caracteriza invalidez permanente, pois, mesmo com o tratamento para a reposição dos dentes por pontes ou implantes, subsistirá a sequela, devendo ser reformada a sentença, condenando-se a apelada ao pagamento do teto máximo de indenização, R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais).

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por José Maria Soares contra a sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Aparecida do Taboado que, julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos da ação de cobrança ajuizada em face de Cia. de Seguros Aliança do Brasil.

Bate-se pela reforma da sentença, a fim de se condenar a apelada ao pagamento da indenização no valor de R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), em função de sua alegada invalidez.

O art. 3º, alínea "b", da Lei n. 6.194/74, alterado pelo art. 8º da Lei n. 11.482/07 dispõe que:

> Art. 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada:
>
> a) (revogada);
>
> b) (revogada);
>
> c) (revogada);
>
> I - R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte;
>
> II - até R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de invalidez permanente; e;
>
> III - até R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) - como reembolso à vítima - no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas.

Em análise ao supracitado artigo, verifico que não há nenhuma distinção entre invalidez total ou parcial, dispondo, porém, que, em se tratando de invalidez **permanente**, o valor a título de indenização será de até R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais).

A responsabilidade civil decorrente do seguro DPVAT, seguro obrigatório, é objetiva, significando com isto que basta a demonstração do nexo causal entre o evento danoso e a lesão que dele resultou.

No entanto, mesmo que se trate de responsabilidade objetiva, cabe ao autor a comprovação do fato constitutivo do seu direito, conforme preceituado no artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

E como ensina Humberto Theodoro Júnior:

> Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.[1]

Nesse sentido, é o entendimento da jurisprudencial:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE VEÍCULO CUMULADA COM DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – DESOBEDIÊNCIA A SINAL LUMINOSO – ATROPELAMENTO DE CICLISTA – NÃO DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO MOTORISTA DO ÔNIBUS – AUSÊNCIA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO – ÔNUS DO AUTOR – APLICAÇÃO DO ART. 333, I, DO CPC – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR – APELO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.
>
> O juiz só pode julgar de acordo com o alegado e provado pelas partes, sendo a finalidade da prova judiciária a formação da convicção do juiz em torno dos fatos argüidos pelas partes, pois é na prova dos autos que o juiz vai buscar localizar a verdade real para solucionar os litígios.

1 **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 381. v. 1.

> Inexistindo prova de que o condutor do veículo atropelador agiu com culpa, não há que se falar em responsabilidade civil e, conseqüentemente, em reparação pelo dano sofrido.
>
> **Sendo ônus do autor fazer a prova do fato constitutivo de seu direito e desse ônus não se desincumbindo, impõe-se julgar improcedente o pedido**.[2]

Necessário se faz, portanto, a comprovação do dano e, por conseqüência, da invalidez permanente, ainda que parcial, o que, no caso, não aconteceu.

No presente caso, não há prova pré-constituída da invalidez permanente, pois que o laudo pericial acostado de f. 234-5 concluiu que:

> **Avaliação Clínica:** Durante o exame clínico da cavidade oral, observou-se na região acima citada, tecidos dentários saudáveis, com esmalte e dentina íntegros.
>
> Os tecidos moles (gengiva e periodonto) apresentam-se com indícios de inflamação (avermelhado e edemaciado) e infecção (presença de placa bacteriana e cálculos supra-gengival, sangramento a sondagem).
>
> Verificou-se ainda, retração gengival na região distal dos elementos 32 e 41, provavelmente associado ao problema periodontal.
>
> Notou-se ausência do elemento 42 (incisivo lateral inferior direito).
>
> **Avaliação Periodontal:** Após avaliação periodontal, verificou-se sangramento à sondagem, presença de placa bacteriana, presença de cálculo supra-gengival, edema e eritema na gengiva inserida e mucosa destes elementos dentários mobilidade dentária grau 2 (segundo escala de Müller). Observação: Escala de Müller varia de 0 a 5, ou seja, elemento sem mobilidade (grau 0) a elemento com mobilidade acentuada (grau 5).
>
> [...]
>
> **Conclusão:** Após análise clínica, periodontal e radiológica foi observada a necessidade de tratamento periodontal (raspagem e alisamento corono-radicular), instruções de técnicas de higiene oral, tratamento endodôntico dos elementos citados e instalação de prótese para reposição do elemento extraído. Esta prótese deve ainda ter algum tipo de sistema que faça a *splintagem* ou contenção destes dentes.

Portanto, a conclusão a que se chega, através do laudo, é que, ainda que o apelante tenha perdido algum dente em razão do acidente, a maior parte dos problemas que ora apresenta são decorrentes de placas bacterianas, o que pode ser solucionado através de tratamento periodontal, sendo que o elemento faltante pode ser substituído por prótese, não apresentando invalidez permanente.

O pagamento da indenização prevista no seguro obrigatório ocorre apenas diante da ocorrência de morte, invalidez permanente e despesas médicas e suplementares devidamente comprovadas.

A invalidez considerada para fins indenizatórios é aquela consistente na perda definitiva de membro, sentido ou função, "*que não sejam suscetíveis de amenização proporcionada por qualquer medida terapêutica*" (art. 3º, § 1º, da Lei n. 6.194/74), não prevendo qualquer cobertura para danos estéticos ou que possam ser solucionados através de tratamentos.

Destarte, se o autor não logra comprovar a sua invalidez permanente, a improcedência de seu pedido é medida que se impõe.

2 TJMS, AC n. 2005.003812-1, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 10.5.2005.

É esse o entendimento adotado por este Tribunal:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) – CERCEAMENTO DE DEFESA – INEXISTÊNCIA – REALIZAÇÃO DE DOIS LAUDOS PERICIAIS – DECISÃO PAUTADA PELO LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR – ART. 131 DO CPC – PRELIMINAR REJEITADA – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 3º, "B", DA LEI N. 6.194/74 – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INVALIDEZ, AINDA QUE PARCIAL – RECURSO NÃO PROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.
>
> [...] É necessária a comprovação da invalidez permanente para, com fundamento no art. 3º da Lei n. 6.194/74, ser devida a indenização decorrente de acidente causado por veículo automotor.[3]

Assim, não se constatando, a toda a evidência que o apelante seja portador de lesões que o tornem insusceptível de recuperação, isto é, invalidez permanente, é impossível o reconhecimento da existência do dever de indenizar.

Ante o exposto, conheço do presente 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 27 de outubro de 2011.

***

3 TJMS, AC n. 2007.015798-4, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 24.7.2007.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.026944-0 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – AMEAÇA E LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI N. 11.340/06 – NULIDADE INOCORRENTE – *SURSIS* PROCESSUAL – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 89 DA LEI N. 9.099/95 – ABSOLVIÇÕES – ALEGADA FALTA DE PROVAS – FIRMES PALAVRAS DAS VÍTIMAS AMPARADAS NAS PROVAS TESTEMUNHAIS E PERICIAL – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – EXASPERAÇÃO PERTINENTE – CONTINUIDADE DELITIVA – CRIMES DE ESPÉCIES DIVERSAS – INAPLICABILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – RÉU REINCIDENTE – VEDAÇÃO LEGAL – NÃO PROVIMENTO.

A audiência preliminar prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06 é facultativa, visto que concebida especificamente para aqueles casos em que a vítima de alguma forma demonstra desinteresse, arrepende-se do registro quanto à ocorrência, manifestando o desejo de se retratar, o que não ocorre *in casu*; não havendo falar em nulidade por ausência daquele ato.

Incabível o oferecimento do *sursis* processual quando o acusado já foi condenado por outro crime, conforme disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Despropositada as absolvições dos crimes de ameaça e lesão corporal se o firme conjunto probatório comprova as práticas delitivas.

A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a imposição da pena-base acima do mínimo legal. Ademais, satisfeito tanto o caráter preventivo quanto o repressivo das condutas criminosas, não há que operar qualquer redução nas penas.

Inexiste continuidade delitiva quando os crimes praticados são de espécies diversas.

Inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos se o acusado é reincidente, conforme disposição do art. 44, II, do Código Penal.

Apelação defensiva a que se nega provimento, ante o correto apreço dos elementos probatórios e aplicação da lei penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 7 de novembro de 2011.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Tiago Toledo Milone interpõe apelação objetivando a reforma da sentença que o condenou à pena de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção, no regime semiaberto, ante a prática dos crimes de ameaça (art. 147 do Código Penal) e – por 2 (duas) vezes – de lesão corporal (art. 129, § 9º, do mesmo *Codex*), no âmbito das relações domésticas (Lei n. 11.340/06).

Preliminarmente, alega a ocorrência de nulidade processual por falta de condição de procedibilidade, ante a não realização da audiência do art. 16 da Lei n. 11.340/06. Aduz, ainda, ser cabível a suspensão condicional do processo.

No mérito, requer a absolvição, em face da insuficiência de provas e por ter agido sob o manto da legítima defesa. Alternativamente, postula abrandamento da pena-base, reconhecimento da continuidade delitiva e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (f. 193-221).

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (f. 232-51).

No mesmo sentido, a manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 270-81).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de Apelação interposta por Tiago Toledo Milone objetivando a reforma da sentença que o condenou à pena de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção, no regime semiaberto, ante a prática dos crimes de ameaça (art. 147 do Código Penal) e – por 2 (duas) vezes – de lesão corporal (art. 129, § 9º, do mesmo *Codex*), no âmbito das relações domésticas (Lei n. 11.340/06).

Segundo a prefacial, aos 13 de março de 2011, por volta das 9h30min., na Rua Lourenzo Torres Cintra, n. 362, Jardim Paulo Coelho Machado, em Campo Grande, Tiago ameaçou causar mal injusto e grave à vítima Miriam dos Santos, sua ex-sogra, dizendo "*que iria matá-la*".

O acusado ainda ofendeu a integridade corporal de Cléia dos Santos Amaral, sua companheira, agredindo-a com empurrões, tapas, socos e pontapés; tendo, inclusive, atirado uma pedra contra ela, mas que acabou por atingir Gabriel dos Santos, filho do casal, situação que causou lesões corporais em ambas as vítimas.

Inicialmente, deve ser rechaçada a preliminar de nulidade por falta de condição de procedibilidade diante da não realização da audiência do art. 16 da Lei n. 11.340/06.

Da análise de f. 75, nota-se que o sentenciante singular designou data para sobredita audiência; oportunidade em que, após a ratificação da representação da vítima Miriam dos Santos, foi recebida a denúncia, conforme "Termo de Assentada" (f. 87).

No tocante à vítima Cléia dos Santos Amaral, observa-se que não se realizou a audiência do art. 16 da Lei n. 11.340/06.

O referido dispositivo dispõe que *"nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia e representação perante o juiz, em audiência*

especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público" (destaques não originais).

Por certo, o legislador considerou a realização de audiência preliminar especificamente para aqueles casos em que a vítima se arrepende do registro quanto à ocorrência e, antes do regular processamento, manifesta o desejo de se retratar.

Assim, a fim de averiguar este pretenso arrependimento, cumpre ao magistrado realizar a audiência prévia, para saber se uma eventual retratação será espontânea ou mais um dos inúmeros casos em que o agressor compele a vítima a desdizer as agressões sofridas.

Compulsando os autos, verifica-se que as vítimas, por ocasião do registro de ocorrência, representaram manifestando expressamente o desejo de ver o apelante processado pela prática do crime de ameaça (f. 21-2), tendo, então, o Órgão Ministerial oferecido denúncia em desfavor do acusado.

Não havendo qualquer notícia ou indicativo no sentido de que a ofendida Cléia dos Santos Amaral arrependeu-se da ocorrência registrada, o julgador singelo recebeu a denúncia sem a realização da audiência preliminar (f. 87). Destarte, tendo o magistrado agido nos exatos termos da lei, não há falar em nulidade. Nesse sentido colaciona-se:

> A ausência da audiência prévia de retratação da vítima, prevista no artigo 16 da Lei n. 11.340/06, não gera qualquer vício de nulidade, por não ser obrigatória, justificando-se apenas quando houver qualquer manifestação da vítima, expressa ou tácita, visando retratação. [1]

Neste diapasão, o julgador pode receber a denúncia **sem a realização da audiência preliminar**, pois não se trata de ato obrigatório quando não há indício ou suspeita de retratação pela ofendida.

Logo, forçoso reconhecer que, após o trâmite regular da ação penal, não pode o magistrado designar audiência preliminar, tanto porque desnecessária, como porque, após o oferecimento e recebimento da denúncia, o Ministério Público assume plenamente a titularidade, restando impossível a desistência da ação penal em trâmite.

Não é demais relembrar que a ação penal é pública – condicionada sim, mas pública e não privada, **razão por que, uma vez recebida a *delatio*, não há falar na desistência** seja pelo desinteresse do Órgão Ministerial antes de o exame do mérito da *quaestio* com a prolação da sentença, seja pelo desinteresse ou reversão da vontade da parte ou interessado.

É o que se extrai dos comandos insculpidos no art. 25 do Código de Processo Penal e no art. 102 do Código Penal, no sentido de que *"a representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia"*.

Acerca do tema, esclarece a doutrina:

> A representação é ato que compete ao ofendido ou ao seu representante legal (art. 24, CPP). Se o ofendido não manifesta sua vontade, não pode o Ministério Público iniciar a ação penal. **É de se observar, porém, que UMA VEZ FEITA A REPRESENTAÇÃO E INICIADA A AÇÃO PENAL, O MINISTÉRIO PÚBLICO ASSUME PLENAMENTE SUA TITULARIDADE, na posição de *dominus litis*, SENDO IRRELEVANTE, A PARTIR DESSE MOMENTO, A VONTADE CONTRÁRIA DO OFENDIDO.** [2] (Destaques não originais)

1 Rec. 2009.07.1.001470-4, ACr n. 450.741, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos, DJ de 7.10.2010, p. 172.

2 PRADO, Luis Régis. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 352.

Deste modo, evidente que, após o recebimento da denúncia, não tem cabimento a designação da audiência preliminar prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06.

Afasta-se, também, a pretensão de aplicar o benefício de suspensão condicional do processo em favor do apelante, porquanto, em análise à certidão de antecedentes criminais (f. 63-4), apura-se que fora condenado pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei n. 10.826/03) – circunstância esta obstativa à concessão da benesse pleiteada.

O art. 89 da Lei n. 9.099/95 é expresso ao estabelecer que, para oferecimento da suspensão condicional do processo, faz-se necessário que *"o acusado não esteja sendo processado ou* ***não tenha sido condenado por outro crime****"*, é, portanto, evidente que o apelante não preenche os requisitos necessários para obtenção do benefício.

Assim, não há falar em nulidade do feito para oferecimento do *sursis* processual.

No mérito, o pleito absolutório não merece guarida.

Interrogado sobre os fatos, o apelante negou a prática delitiva do crime de ameaça (f. 123-4).

O policial militar Zenilson Sodré dos Santos afirmou, na fase extrajudicial (f. 6), ratificada em juízo (f. 122), que ao chegar ao local o acusado discutia com a vítima Miriam dos Santos.

Na fase extrajudicial, Cléia dos S. A., filha da vítima Miriam dos Santos, disse que o acusado *"sem motivo justificado, começou a proferir palavras de baixo calão para sua mãe, a saber: "vagabunda e biscate",* ***além de ameaçá-la, dizendo que iria matá-la****, ameaçando de morte também o seu padrasto, o senhor Josué"* (f. 10 - destaques não originais).

A vítima Miriam dos Santos é categórica quanto às ameaças sofridas, colhendo-se de suas declarações judiciais (f. 88):

> [...] Que em relação aos fatos narrados na denúncia, esta foi a terceira vez que foi vítima das agressões perpetradas pelo réu, inclusive ele disse que isso não dá nada; Que no dia dos fatos ele chegou na casa da declarante embriagado e drogado e passou a arrumar confusão; Que a filha da declarante e também seu marido tentaram apaziguar a situação mas não lograram êxito, sendo que o acusado começou a xingar e ameaçar os ali presentes, inclusive disse que quando saísse da cadeia, **iria matar a declarante** [...]. (Destaques não originais)

Como se vê, a autoria é certa e recai sobre o apelante, não havendo falar em absolvição.

De outro prisma, inviável o reconhecimento da atipicidade da conduta sob o argumento de que o agente teria agido sob estado de embriaguez.

Deveras, do exame do conjunto probatório, constata-se que a ingestão de bebida alcoólica deu-se de forma voluntária, circunstância que, nos termos do art. 28 do Código Penal, não exclui a imputabilidade penal. Neste sentido:

> APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – DISPARO DE ARMA DE FOGO E RESISTÊNCIA – EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA – IMPUTABILIDADE – DOSIMETRIA DA PENA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Somente a embriaguez acidental exclui a imputabilidade, ex vi do artigo 28, § 1º, do Código Penal. O agente que ingere bebida alcoólica, sem qualquer estímulo externo a macular a vontade, não é isento de pena. É vedada a diminuição da pena aquém do mínimo legal, pelo reconhecimento de atenuante (Enunciado da Súmula n. 231 do STJ).[3]

3 TJMS, ACr n. 2010.033827-8, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Manoel Mendes Carli, DJ de 11.2.2011.

Do mesmo modo, despropositada a pretensão absolutória do crime de lesão corporal.

A vítima Cléia dos Santos Amaral narrou em detalhes o deslinde dos fatos na fase inquisitiva (f. 10):

> QUE, sem nenhum motivo, jogou pedras na casa, vindo a amassar o portão de ferro; QUE, informa que uma dessas pedras jogadas por Tiago acabou atingindo seu filho Gabriel dos Santos de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de idade, sendo necessário transportá-lo ao Pronto Socorro da Santa Casa para receber atendimento médico, pois causou-lhe um ferimento na boca; QUE, o autor empurrou sua mãe derrubando-a ao chão e também empurrou a declarante, que está gestante, derrubando-a ao chão, e desferiu um tapa em sua face, agredindo-a com socos e pontapés, ferindo-lhe a perna direita [...].

Em harmonia com esta versão, existem as declarações judiciais de Miriam dos Santos (f. 88) no sentido de que "*o acusado começou a jogar pedras contra a casa da declarante os ali presentes, vindo a acertar o menor Gabriel o qual é neto da declarante e filho do acusado*".

O policial militar Roque da Silva Martins minudencia sobre os fatos (f. 8):

> Que ao averiguar os fatos, viram que uma criança estava ensangüentada nos braços da vizinha e ao perguntar para a senhora Mirian o que havia ocorrido, ela informou que Tiago chegou em casa bêbado, passou a discutir com seu sogro e ainda não satisfeito passou a quebrar a casa jogando pedras e tijolos; Que uma das pedras que Tiago jogou acertou seu filho da face [...] Que antes disso encaminharam a criança para pronto-socorro do bairro Aero Rancho para ser atendida devido a gravidade do ferimento.

Em consonância com tais declarações, o policial militar Zenilson Sodré dos Santos disse em juízo que o acusado *"jogou várias pedras e uma veio a acertar a criança"* (f. 122).

> O próprio acusado acaba confessando em juízo as agressões, *in verbis* (f. 123):
>
> JUIZ: O senhor bateu na sua mulher?
>
> RÉU: Na minha mulher eu só dei um empurrão nela só.
>
> JUIZ: Deu um empurrão nela?
>
> RÉU: Aham. [...]
>
> JUIZ: O senhor tentou atingir pedradas na sua ex-mulher?
>
> RÉU: Não, na minha ex-mulher não.
>
> JUIZ: Acertou a criança, o Gabriel é seu filho né?
>
> RÉU: É meu filho.
>
> JUIZ: Acertou no rosto dele a pedrada né?
>
> RÉU: Aham, ela pegou aqui assim.
>
> JUIZ: Na boca? No queixo?
>
> RÉU: Aham.
>
> JUIZ: Isso aconteceu?
>
> RÉU: Aconteceu senhor, única coisa. [...]

Outrossim, os laudos de exame de corpo de delito das vítimas Cléia dos Santos Amaral (f. 141-2) e Gabriel dos Santos (f. 143-4) confirmam as lesões sofridas.

Ademais, a dinâmica dos fatos nem de longe há de agasalhar a versão do acusado de que agira sob o manto da legítima defesa.

Com efeito, a versão defensiva de que o padrasto de sua ex-companheira foi na direção de Tiago portando uma faca restou isolada dos demais elementos probatórios.

Do cotejo das provas acostadas, observa-se que o desencadeamento dos fatos foi de iniciativa do próprio Tiago, não havendo falar em injusta agressão.

Outrossim, do depoimento judicial da vítima Mirian dos Santos (f. 88), constata-se que o próprio acusado fora alertado sobre a presença de crianças no local, e "*mesmo após ter atingido a criança, Tiago não cessava as agressões"*, o que demonstra a falta de moderação no proceder do apelante.

Neste espeque, ante o não preenchimento dos requisitos do instituto da legítima defesa, há de ser mantida a condenação pela prática do crime de lesão corporal.

O apelante postula, também, o abrandamento das penas-base.

O magistrado *a quo*, atento às circunstâncias do art. 59 do Código Penal, considerou desfavoráveis a personalidade, a conduta social e as consequências em ambos os crimes, de modo que restam justificadas as exasperações efetuadas (f. 174-84).

Não há falar em *bis in idem* na majoração negativa da personalidade e reincidência, porquanto a valoração negativa da primeira decorreu do exame de vários registros constantes da "*certidão de antecedentes criminais*" (f. 63-4), sobretudo os relacionados à violência doméstica, que, embora não configurem maus antecedentes ao teor da Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça, são plenamente hábeis para macular a personalidade e conduta social.

Salta aos olhos ao menos a reiteração de práticas no âmbito doméstico e familiar – diferentemente de pessoa de índole normal – denotando indiferença ao ordenamento jurídico e, certamente, tal situação não pode passar despercebida.

Ainda no que concerne à conduta social, observa-se que a fundamentação *a quo* decorreu não apenas da análise da ficha criminal, mas principalmente do que foi colhido da própria instrução do feito, como os depoimentos prestados pelas vítimas e testemunhas, os quais indicam que o acusado apresenta comportamento incompatível com o meio social, restando justificada a exasperação da pena-base.

De outra banda, a reincidência emanou do registro em que o apelante fora condenado pela prática do delito tipificado no art. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido) da Lei n. 10.826/03, de modo que, sendo diversas as fundamentações, resta idônea a valoração tanto da personalidade quanto da reincidência.

Já as consequências do delito "*referem-se à maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada pela infração penal à vítima ou a terceiros*" [4] e, com efeito, são prejudiciais, pois as condutas delitivas tiveram "*efeito direto no âmbito familiar, especialmente, em relação aos seus filhos que, rotineiramente convivem com as agressões verbais e físicas praticadas pelo réu, o que, inclusive, resultou na necessidade de tratamento psicológico de seu filho Gabriel, que presenciou as agressões verbais e físicas perpetradas pelo réu*" (f. 181-2).

4 JESUS, Damásio E de. Citado por CARVALHO NETO, Inácio de. Ibidem, p. 65.

Como sabido, "*não há ilegalidade na dosimetria da pena-base se a majoração da pena-base se deu de maneira devidamente fundamentada, com base na valoração negativa das circunstâncias judiciais.*" [5]

Cumpre salientar que a fixação da pena se dá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, e após a análise das circunstâncias judiciais *"poderá o Juiz, portanto, vendo que a pena fixada a priori não é necessária, diminuí-la de modo a que se torne adequada. Poderá também, vendo que a pena a priori estabelecida não é suficiente para reprovação e prevenção do crime, aumentá-la até que atinja o grau adequado*" [6].

No caso, a pena imposta satisfaz tanto o caráter preventivo quanto o repressivo das condutas delituosas, não havendo que se operar qualquer redução.

Não há falar, também, no reconhecimento da continuidade delitiva.

Para aplicação do disposto no art. 71 do Código Penal, indispensável que os crimes sejam da mesma espécie, isto é, que tutelem o mesmo bem jurídico – o que não ocorre na hipótese dos autos.

Enquanto o crime de ameaça protege a liberdade psicológica do indivíduo, o bem tutelado no crime de lesão corporal é a integridade corporal, de modo que *in casu* a hipótese é de verdadeiro concurso material – o que acertadamente foi reconhecida pela instância singela.

Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O art. 44, II, do Código Penal, veda expressamente a substituição se o réu for reincidente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Tiago Toledo Milone, mantendo integralmente a sentença combatida.

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. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 7 de novembro de 2011.

***

5 STJ, *HC* n. 50.210/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 11.9.2006, p. 320.

6 CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 74.

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.027438-6 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – APELAÇÃO – PENAL – CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – PRODUTOS CONTAMINADOS POR ORGANISMOS VIVOS (LARVAS) E PELO HUMANO – DESCLASSIFICAÇÃO – NÃO PROVIMENTO.

Demonstrado que o acusado comercializou produtos contaminados por organismos vivos (larvas) e pelo humano, sem se preocupar com a procedência e qualidade da mercadoria, resta claro ter agido de forma dolosa, pois com sua conduta assumiu o risco de expor à venda produto impróprio para o consumo humano (art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90), não havendo a possibilidade de se proceder à desclassificação do delito para a modalidade culposa.

Apelação defensiva à qual se nega provimento, ante o acerto da decisão singular.

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, 5 de dezembro de 2011.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Trata-se de apelação interposta por Romeu Zandona objetivando a reforma da sentença que o condenou ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto, substituída por 2 (duas) restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 7º, IX (venda de mercadoria imprópria ao consumo), da Lei n. 8.137/90.

Pleiteia a desclassificação de sua conduta para a modalidade culposa, dada a não comprovação de que agiu dolosamente na perpetração do delito.

Contrarrazões pelo provimento do recurso (f. 179-84).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento (f. 190-2).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

O apelante foi denunciado porque – aos 16 de janeiro de 2009, no interior do estabelecimento comercial de sua propriedade, denominado "Panificadora Sorocaba", situada na Rua Engenheiro Paulo Frontin, n. 549, Jardim Los Angeles, em Campo Grande – expôs à venda mercadoria em condições impróprias para consumo.

Segundo a prefacial, o acusado *"expôs à venda e realmente vendeu, no estabelecimento comercial que dirigia, fatias do "salgado" conhecido por "pão italiano" que se encontravam em condições impróprias para o consumo, pois em seu interior havia organismos vivos em estado larval e um pêlo humano agregado à massa do alimento"* (f. 3).

Nos termos da exordial, foram vendidas à vítima Fabiano Andrade Ocampos 2 (duas) fatias do mencionado alimento que, ao ser ingerido por aquela, revelou estar contaminado por larvas e pelo humano. Ato contínuo, a vítima passou a vomitar incessantemente, sendo necessário submeter-se a atendimento médico em um posto de saúde.

Não há questionamentos quanto à prova da materialidade, mesmo porque esta restou suficientemente representada pelos documentos emitidos pela "Coordenadoria de Vigilância Sanitária" (f. 26-9), pelo "Laudo de Exame em Material" (f. 49-54) e pelos depoimentos testemunhais (f. 30-1, 33-4 e 111-2).

A irresignação defensiva diz respeito ao elemento subjetivo do tipo imputado ao apelante, que não teria agido de forma dolosa, mas culposamente.

Sem razão a defesa.

Deveras, o exame acurado dos autos permite concluir que, embora o acusado não tenha dirigido sua vontade diretamente à prática do delito do art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, no mínimo assumiu o risco de produzir o resultado previsto no tipo, não havendo de se cogitar a possibilidade de desclassificação de sua conduta.

Segundo se infere da documentação emitida pela "Coordenadoria de Vigilância Sanitária" às f. 26-9, à época dos fatos, o apelante foi terminantemente proibido pelo Órgão Sanitário de efetuar a fabricação de qualquer alimento até que realizasse a adequação mínima do seu estabelecimento às regas sanitárias.

Inquirido pela autoridade policial, **Romeu** tentou minimizar a gravidade dos fatos e excluir sua responsabilidade, argumentando que não realizava a produção de "pães italianos" em sua panificadora, mas que os adquiria de fornecedores (f. 39-40).

Ocorre que o próprio apelante não foi capaz de indicar qualquer qualificação ou endereço de tais fornecedores, aliás, foi expresso ao asseverar que *"não tem nome, endereço e telefone dos fornecedores de salgados haja vista que* ***adquire os produtos dos vendedores que passam pela panificadora****, não tendo assim um compromisso ou vínculo com somente um vendedor de salgados"* (f. 40 – destaques não originais).

Em juízo, não houve maiores modificações nas declarações do acusado (f. 116-7).

No ponto, convém relembrar julgado do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o qual *"o dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do art. 18, I, in fine, do CP)"* [1], sendo imprescindível extraí-lo das *"das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente."* [2]

1 *HC* n. 97.252/SP, Segunda Turma, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, julgado em 23.6.2009.

2 Ibidem

Ora, o simples exame das assertivas transcritas permite verificar que o acusado não empreendia qualquer medida ou vigilância quanto à origem dos produtos por ele adquiridos e posteriormente vendidos em sua padaria, de modo que, ao assim proceder, assumiu o risco de expor à venda alimentos impróprios ao consumo humano.

Note-se que não se trata de simples comportamento negligente do acusado, consubstanciado numa falta ocasional de vigilância quanto aos produtos vendidos em seu estabelecimento comercial, mas de total e consciente descaso em relação à qualidade e procedência dos alimentos.

Ademais, como bem ressaltado pelo *Parquet* de 1ª instância (f. 126):

> [...] o fato de o produto ter sido adquirido de terceiros para revenda não afasta a responsabilidade penal do réu, porquanto, segundo bem observado no exame de corpo de delito, a contaminação por larvas de inseto provavelmente ocorreu após o processo de cozimento do produto. Some-se a isso o fato de que, conforme narrou a vítima, sua ingestão ocorreu logo após a compra, não havendo tempo hábil para que as larvas se proliferassem entre a sua aquisição e o consumo.

Diante de tais circunstâncias, a manutenção da condenação é medida impositiva.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Romeu Zandona.

Retifique-se à autuação original, visto que o feito se trata de crime punido com pena de detenção.

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. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2011.028160-4 - Itaporã
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PROCESSO PENAL – FURTO EM REPOUSO NOTURNO – REITERAÇÃO CRIMINOSA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – NÃO CONCESSÃO.

A existência de várias ações criminais para a apuração de crimes da mesma natureza demonstra a tendência à reiteração criminosa por parte do paciente, impondo a necessidade de manutenção da custódia cautelar para resguardar a ordem pública.

Habeas corpus a que se nega concessão, em observância à necessidade de resguardar a ordem pública.

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, 20 de outubro de 2011.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

A Defensoria Pública ingressa com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito de liminar, em favor de Elso Oliveira, sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Comarca de Itaporã.

Esclarece que, aos 12 de junho de 2011, o paciente foi preso em flagrante delito pela prática do crime do art. 155, § 1º (furto praticado em repouso noturno), do Código Penal. Posteriormente, houve a conversão da custódia em prisão preventiva.

Alega que a existência de 3 (três) condenações definitivas contra o paciente não pode servir de fundamento para a manutenção da medida cautelar privativa de liberdade, porquanto "*se há sentença definitiva, é lá que se deve encarcerar o acusado, ao argumento de PRESERVAÇÃO DA SOCIEDADE*" (f. 4).

Sustenta não haver fundamentos para manter a custódia cautelar do paciente, uma vez que preenche os requisitos necessários para a concessão da liberdade provisória.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 53-4) e a autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 58-62).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela não concessão (f. 66-70).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

A Defensoria Pública ingressa com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito de liminar, em favor de Elso Oliveira sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Comarca de Itaporã.

Esclarece que, aos 12 de junho de 2011, o paciente foi preso em flagrante delito pela prática do crime do art. 155, § 1º (furto praticado em repouso noturno), do Código Penal. Posteriormente, houve a conversão da custódia em prisão preventiva.

Ab initio, é de se notar que a própria impetrante afirma que o paciente possui 3 (três) condenações definitivas. Não fosse o suficiente, a folha de antecedentes (f. 59-60) que acompanha as informações da autoridade apontada como coatora evidencia a dedicação do paciente na vida criminosa.

De fato, a manutenção do paciente segregado não é uma necessidade advinda do clamor social ou da gravidade abstrata da conduta criminosa, mas sim da demonstração clara de reiteração criminosa, denotando a necessidade de resguardar a ordem pública.

Em casos semelhantes, recomenda a doutrina:

> [...] desde que a permanência do réu, livre e solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial ao meio social [...] cabe ao juiz decretar a prisão preventiva 'como garantia da ordem pública'. Nessa hipótese, a prisão preventiva perde seu caráter de verdadeira medida de segurança. [...] A *potestas coercendi* do Estado atua, então, para tutelar, não mais o processo condenatório a que está instrumentalmente conexa, e sim [...] a própria ordem pública. No caso, o *periculum in mora* deriva dos prováveis danos que a liberdade do réu possa causar – com a dilação do desfecho do processo – dentro da vida social e em relação aos bens jurídicos que o Direito Penal tutela.[1]

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> A garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos (*HC* n. 84.658/PE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 3.6.2005), além de se caracterizar 'pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação' (*HC* n. 90.398/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 18.5.2007). [2]

Assim, sob qualquer enfoque em que se analise a questão, a prisão processual do paciente mostra-se útil para os fins do processo e, sem dúvida alguma, merece ser conservada.

Ademais, cumpre lembrar que o paciente esteve envolvido numa tentativa de fuga durante sua custódia cautelar na Delegacia de Polícia de Itaporã (f. 61), tornando ainda mais claro o seu desrespeito pelas instituições constituídas.

Ante o exposto, nego concessão ao pedido de *habeas corpus* em favor de Elso Oliveira.

---

1 SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. **Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional**. São Paulo: Método, 2007. p. 193-4.

2 *HC* n. 97.449, RJ, Segunda Turma, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, julgado em 9.6.2009.

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. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 20 de outubro de 2011.

***

Órgão Especial
Reclamação em *Habeas Corpus* n. 2010.000091-5/0002-00 - Bonito
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – RECLAMAÇÃO EM *HABEAS CORPUS* – PRISÃO DOMICILIAR – MANUTENÇÃO DE UMA DAS CONDIÇÕES SOPESADAS PARA CONCEDER A REFERIDA MODALIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA – DESRESPEITO À DECISÃO DO ÓRGÃO COLEGIADO – RECLAMAÇÃO ACOLHIDA.

Presentes uma das condições determinantes para a concessão do regime domiciliar, tem-se por descumprido o julgamento proferido pela Turma Julgadora, em razão da ordem judicial emanada pelo magistrado *a quo*, no sentido de que o requerente pernoitasse na casa do albergado.

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, julgar procedente a reclamação, nos termos do voto do relator, contra o parecer. Ausente, por férias, o Des. Sérgio.

Campo Grande, 26 de outubro de 2011.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de Reclamação formulada por Alberto Jorge Rondon, em face do ato praticado pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Bonito, consubstanciado na determinação de que o reclamante volte a cumprir a pena no regime aberto, em vez do sistema domiciliar a que estava submetido.

Sustenta que a decisão de f. 73-4 viola a autoridade do Acórdão proferido pela 2ª Turma Criminal (f. 16-22), nos autos do *Habeas Corpus* n. 2010.000091-5, de minha relatoria, oportunidade em que foi concedida a ordem, a fim de que o reclamante cumprisse a pena em regime domiciliar.

Argumenta que a alteração positiva das condições físicas do estabelecimento prisional da comarca de Bonito não é suficiente para que o direito concedido ao reclamante seja violado, pois ainda persiste outro fundamento para que a pena seja cumprida na residência do reeducando, qual seja, a necessidade de cuidados especiais no período noturno, que não podem ser atendidos caso tenha de pernoitar na cadeia.

Requer o acolhimento da presente reclamação para restaurar a autoridade e a soberania da decisão desta Corte, cassando a decisão monocrática de f. 73-4, para que o reclamante permaneça cumprindo a pena em regime domiciliar.

A liminar foi deferida às f. 78-8-v.

O reclamado prestou informações (f. 82-2-v), sustentando que não afrontou a decisão deste Egrégio Tribunal de Justiça, visto que teria apenas adequado o cumprimento da pena em razão da mudança na situação fática (reforma da cadeia local).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 109-14), opina pela improcedência da reclamação.

VOTO

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

Trata-se de Reclamação formulada por Alberto Jorge Rondon, em face do ato praticado pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Bonito, consubstanciado na determinação de que o reclamante volte a cumprir a pena no regime aberto, em vez do sistema domiciliar a que estava submetido.

Sustenta que a decisão de f. 73-4 viola a autoridade do Acórdão proferido pela 2ª Turma Criminal (f. 16-22), nos autos do *Habeas Corpus* n. 2010.000091-5, de minha relatoria, oportunidade em que foi concedida a ordem, a fim de que o reclamante cumprisse a pena em regime domiciliar.

Argumenta que a alteração positiva das condições físicas do estabelecimento prisional da Comarca de Bonito não é suficiente para que o direito concedido ao reclamante seja violado, pois ainda persiste outro fundamento para que a pena seja cumprida na residência do reeducando, qual seja, a necessidade de cuidados especiais no período noturno, que não podem ser atendidos caso tenha que pernoitar na cadeia.

Requer o acolhimento da presente reclamação para restaurar a autoridade e a soberania da decisão desta Corte, cassando a decisão monocrática de f. 73-4, para que o reclamante permaneça cumprindo a pena em regime domiciliar.

A liminar foi deferida às f. 78-8-v.

O reclamado prestou informações (f. 82-2-v), sustentando que não afrontou a decisão deste Egrégio Tribunal de Justiça, visto que teria apenas adequado o cumprimento da pena em razão da mudança na situação fática (reforma da cadeia local).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 109-14), opina pela improcedência da reclamação.

No caso em tela, a controvérsia cinge-se em verificar se o *Habeas Corpus* n. 2010.000091-5, concedido para que a pena fosse cumprida em regime domiciliar, teve como fundamento a inadequação da cadeia pública e o estado de saúde do reclamante, em conjunto, ou tão somente a precariedade do estabelecimento prisional.

Ao analisar a impetração, proferi o voto condutor, ora tido como violado, destacando:

> A teor do artigo 117 da Lei de Execução Penal, a prisão domiciliar será admitida, em sede de execução penal, somente aos presos submetidos ao regime aberto, contudo, a jurisprudência vem relativizando tal condição, para aqueles que se encontram nos regimes fechado e semiaberto, em casos excepcionais: O primeiro, quando o preso estiver acometido de doença grave e o estabelecimento prisional não possuir condições de prestar a devida assistência médica, deixando de fornecer os cuidados especiais necessários; o segundo, devido a falta de estrutura do sistema penitenciário, que impeça a progressão de regime do preso ou mesmo a sua transferência, quando houver atestado de vaga emitido por autoridade competente.

> No presente caso, a meu ver, estão presentes as situações acima descritas. Conforme relatado na inicial do *writ*, o paciente é portador de doença crônica (f. 36) – Diabetes *Mellitus* Insulino Dependente – necessitando de duas aplicações diárias de insulina e dieta alimentar balanceada para manter o nível adequado de açúcar no sangue, o que não estava sendo realizado na colônia penal agrícola de Campo Grande/MS, razão pela qual lhe foi concedida a saída para tratamento médico pelo prazo de 60 (sessenta) dias (f. 31), tendo em vista a gravidade do seu estado de saúde.

Da leitura dos trechos acima, extrai-se, ao contrário do entendimento do reclamado, que o regime domiciliar foi concedido tanto pela inadequação da cadeia local, como pelo estado de saúde do paciente. Por seu turno, a ementa do julgado é bem clara nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL – CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME SEMIABERTO – PACIENTE PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE – TRATAMENTO NÃO PRESTADO ADEQUADAMENTE PELO SISTEMA PENITENCIÁRIO–FALTADEESTRUTURA–COMPROVAÇÃONOSAUTOS–PRISÃO DOMICILIAR – REQUISITOS DO ARTIGO 117 DA LEP – EXCEPCIONALIDADE DEMONSTRADA – ORDEM CONCEDIDA.
>
> - A teor do artigo 117 da Lei de Execução Penal, a prisão domiciliar será admitida, em sede de execução penal, somente aos presos submetidos ao regime aberto, contudo, a jurisprudência vem relativizando tal condição, para aqueles que se encontram nos regimes fechado e semiaberto, em casos excepcionais.
>
> - Demonstrado o delicado estado de saúde do paciente, acometido de doença grave (diabetes), que exige tratamento rigoroso, com a aplicação de insulina duas vezes ao dia e alimentação controlada, somada a falta de estrutura da cadeia pública local, excepcionalmente, em face da peculiaridade do caso concreto, deve ser admitido o cumprimento do restante da pena em prisão domiciliar.

Para afastar qualquer tipo de dúvida, basta verificar a assertiva do Ministro Jorge Mussi, nos autos do Agravo de Instrumento n. 1.351.848/MS, ao fazer referência e transcrever parte da decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo Ministério Público. Confira-se:

> Inicialmente, cumpre destacar que o Tribunal de origem, ao julgar o recurso ali interposto, decidiu a lide tendo por base entendimento já consolidado nesta Corte Superior de Justiça [...].
>
> [...]
>
> A forma de decidir desta Corte, em face ao estado da gravidade da doença do paciente e à falta de condições de ser atendido de forma humana e compatível no local onde se encontrava preso, encontra sintonia com os arestos do Superior Tribunal de Justiça [...].

Não obstante, a perícia médica (f. 42-3) realizada a pedido do próprio Ministério Público, certificou que:

> Ao pernoitar, ou ficar por tempo prolongado afastado das condições ideais de segurança para uso de seus medicamentos poderá ter consequências funestas para o paciente, pois não raro, esses pacientes têm crise de hipo ou hiperglicemia, que podem levar ao coma se não socorrido de forma imediata por acompanhantes treinados e experientes nos cuidados com diabéticos insulina dependentes, e ainda, como complicação o paciente pode sucumbir.

O médico responsável pelo tratamento do reclamante, recentemente, foi expresso em atestar (f. 49) que ele precisa de um controle mais rigoroso na dieta que deverá seguir de 3/3 h, além de um melhor controle de glicemia digital e atividade física diária.

Como se verifica, sem embargo das condições da cadeia, o ponto nodal para fixar o cumprimento da pena no regime domiciliar veio consubstanciado na gravidade da doença do reclamante, que demanda, por consequência, de cuidados constantes (conforme apontado na perícia judicial e no laudo do médico), os quais podem não ser prestados, de forma adequada, no estabelecimento prisional, especialmente no período noturno.

Ainda que tenha constado no acórdão, consoante apontado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, que o regime domiciliar deveria permanecer enquanto perdurasse o estado crítico do estabelecimento prisional, não se pode deixar enganar pela interpretação literal desse trecho, quando, linhas atrás, restou expressamente consignado que a ordem estava sendo concedida também devido ao estado de saúde do paciente/reclamante, pelo que se observa da ementa acima transcrita, que tem como finalidade, dentre outras, de refletir uma idéia geral do julgamento.

Desse modo, não restam dúvidas de que o reclamado, ao determinar que o reclamante pernoitasse, primeiro em uma das celas da delegacia local (f. 73-4) nos finais de semana e feriados, ao depois, na Casa do Albergado (f. 123), diariamente, inclusive nos finais de semana e feriados, das 19 horas até as 6 horas, descumpre, sobremaneira, a ordem emanada de órgão fracionário deste Tribunal (2ª Turma Criminal) e vai de encontro com os pareceres médicos.

Anoto, por último e a título de argumento *obter dictum*, que não existe Casa do Albergado em Bonito, consoante sinalizado pelo reclamante às f. 119, logo, por mais esse motivo, a prisão domiciliar deve ser mantida, nos termos da remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[1].

Em face do exposto, julgo procedente a reclamação, a fim de cassar as decisões objurgadas (f. 73-4 e 123) e, por conseguinte, determinar que o reclamante permaneça cumprindo a pena em regime domiciliar, em razão da gravidade de sua doença, conforme determinado no julgamento do *HC* n. 2010.000091-5.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM PROCEDENTE A RECLAMAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, CONTRA O PARECER. AUSENTE, POR FÉRIAS, O DES. SÉRGIO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

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, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 26 de outubro de 2011.

***

1 "*A Lei de Execução Penal, adiantando o teor da Constituição de 1988, já enunciou o cânone da individualização da pena. Neste diapasão, fere a lógica do escorreito desconto da sanção penal a inserção de condenado, sujeito a regime aberto, no período noturno, em ala de presídio, dada a ausência de casa de albergado. Em casos tais, a jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que se deve deferir, enquanto perdurar tal estado de coisas, a prisão albergue domiciliar.*" (AgReg no HC n. 195113, RS, Sexta Turma, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, DJ de 17.8.2011).

Seção Criminal
Revisão Criminal n. 2011.030147-0 - Três Lagoas
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – ART. 14, DA LEI N. 10.826/2003 – USO DE DOCUMENTO FALSO PARA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO EM NOME DE TERCEIRA PESSOA – ART. 621, II, CPP – IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO ESPECÍFICA DA PESSOA QUE COMETEU O CRIME – ANULAÇÃO DA CONDENAÇÃO – EXCLUSÃO DE TODOS OS EFEITOS DA SENTENÇA – AÇÃO PROCEDENTE.

É cabível o ajuizamento de ação de Revisão Criminal para o questionamento de sentença transitada em julgado, quando a pessoa condenada se utilizou de documento de identidade de terceira pessoa (falso) na identificação criminal, acarretando uma condenação criminal em nome de quem não praticou a conduta criminosa.

A demonstração de que a pessoa condenada se utilizava de documento de identificação de terceira pessoa enseja apenas a substituição dos dados pessoais na sentença condenatória. Entretanto, quando não é possível saber a identidade específica da pessoa que praticou o crime, a sentença deve ser anulada, para que não haja prejuízo àquele que teve o documento de identidade usado indevidamente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, deferir o pedido revisional. Ausentes, por férias, os vogais 1º e 2º.

Campo Grande, 22 de novembro de 2011.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Roberto Marques Dias, com fulcro no artigo 621, inciso II, do Código de Processo Penal, em face da sentença proferida nos Autos n. 021.05.002151-7, da 2ª Vara Criminal de Três Lagoas, na qual foi condenado às penas de 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, em regime aberto, pela prática do crime tipificado no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/06.

O trânsito em julgado ocorreu aos 29.9.2008. (f. 43)

Alega o requerente, em síntese, que a pessoa que praticou a conduta narrada na denúncia não era o requerente, que teve seus documentos extraviados e, em razão de os dados fornecidos pelo terceiro serem falsos, não foi possível encontrá-lo.

Aduz que jamais passou por Três Lagoas, e os seus dados pessoais não coincidem com as informações oferecidas pelo terceiro que se utilizou de seus documentos no momento em que houve a prisão em flagrante (não possui tatuagem no braço direito, tem só um filho em vez de três e as assinaturas são diversas).

Requer seja deferido o pedido, anulando-se a sentença proferida nos Autos n. 021.05.002151-7, da 2ª Vara Criminal de Três Lagoas.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 171-6), pugna pela procedência do pedido.

VOTO

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

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Roberto Marques Dias, com fulcro no artigo 621, inciso II, do Código de Processo Penal, em face da sentença proferida nos Autos n. 021.05.002151-7, da 2ª Vara Criminal de Três Lagoas, na qual foi condenado às penas de 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, em regime aberto, pela prática do crime tipificado no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/06.

O trânsito em julgado ocorreu aos 29.9.2008. (f. 43)

Alega o requerente, em síntese, que a pessoa que praticou a conduta narrada na denúncia não era o requerente, que teve seus documentos extraviados e, em razão de os dados fornecidos pelo terceiro serem falsos, não foi possível encontrá-lo.

Aduz que jamais passou por Três Lagoas, e os seus dados pessoais não coincidem com as informações oferecidas pelo terceiro que se utilizou de seus documentos no momento em que houve a prisão em flagrante (não possui tatuagem no braço direito, tem só um filho em vez de três e as assinaturas são diversas).

Requer seja deferido o pedido, anulando-se a sentença proferida nos Autos n. 021.05.002151-7, da 2ª Vara Criminal de Três Lagoas.

O pleito é procedente.

O requerente comprovou que realmente extraviou seus documentos de identificação, no dia 13 de novembro de 2001, conforme Declaração de Extravio de Documentos n. 11084/2001, da 1ª Delegacia de Polícia Civil de Campo Grande (f. 104).

Já no processo citado (n. 021.05.002151-7, da 1ª Vara Criminal de Três Lagoas), narra-se conduta típica praticada no dia 20 de abril de 2005, por uma pessoa que se identificou com o nome do requerente, na ocasião da prisão em flagrante.

Não obstante este fato, quando é efetuada a leitura da Planilha de Identificação da pessoa que foi presa naquela data, consta a informação de que o autuado exibia uma tatuagem de "Tigre" no braço direito (f. 114), e tem a pele branca, o que não se coaduna com a aparência do requerente, conforme se verifica pelo teor das fotografias juntadas aos presentes autos (f. 14-6).

Também pesa em favor do requerente o fato de que as assinaturas apostas no termo de interrogatório (f. 25), na planilha de identificação e na folha de informações da vida pregressa (f. 114 e 116) não são semelhantes às que constam nas declarações de f. 85-6, muito menos no documento de identificação extraviado (f. 115).

Infelizmente, é cada vez mais corriqueiro que meliantes se apropriem de dados pessoais de outras pessoas para a prática de toda sorte de crimes, causando prejuízos financeiros, danos morais e, pior ainda, condenações criminais.

Diante desse cenário, não é difícil vislumbrar que a situação narrada pelo requerente é real. Pelo que se depreende dos autos, uma pessoa cometeu um delito e utilizou um RG falsificado com os dados pessoais do requerente quando ocorreu a prisão, causando sérios transtornos na vida do peticionante.

A falsidade em questão é de fácil constatação, pela simples análise das fotografias juntadas aos autos, os documentos assinados na fase investigativa pela pessoa não identificada e da Declaração de Extravio de Documentos (f. 104).

Não fosse o suficiente, devem-se analisar estas circunstâncias em conjunto com o fato de o peticionante comprovar o extravio dos documentos pessoais em data bem anterior ao fato criminoso e, ainda, de uma autoridade judicial já haver observado indícios claros de falsificação documental no momento em que determinou a sua soltura (f. 149).

Acerca da hipótese de cabimento da ação revisional e do procedimento a ser adotado em casos desta natureza, Guilherme de Souza Nucci[1] ensina que:

> Depoimentos, exames ou documentos falsos: [...] Embora o ideal fosse apurar o falso testemunho, a falsa perícia ou a falsidade documental em processo à parte, trazendo para os autos da revisão a decisão formal e final, nada impede que, na ação revisional, seja apurado o falso. Tal se dá porque a reavaliação do erro judiciário necessita ser célere, implicando, em grande parte dos casos, constrangimento à liberdade individual do sentenciado, motivo pelo qual é possível verificá-la nos autos da revisão. Se assim desejar, pode determinar a produção de prova o relator, valendo-se, inclusive de carta de ordem para que o juiz de 1.º grau colha elementos necessários. Se procedente a revisão criminal, determina-se a apuração da falsidade criminal da falsidade.

Portanto, verificada a nítida falsidade documental, não há manter a condenação existente em nome do requerente. Entretanto, esta conclusão conduz a outro problema: diante da comprovação de existência de um crime e de uma condenação penal, o que fazer com o registro criminal?

Ao enfrentar esta questão, o Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul determinou que a condenação deveria persistir, mas o nome da pessoa inocente deveria ser excluído do rol dos culpados, bem como dos registros criminais.

> REVISÃO CRIMINAL. REU QUE SE ATRIBUIU FALSA IDENTIDADE. IDENTIFICAÇÃO FÍSICA CERTA. PROCESSO-CRIME TRANSITADO EM JULGADO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO FEITO. REQUERIDA PELA PESSOA CUJA IDENTIDADE FOI ILICITAMENTE UTILIZADA. NÃO-CABIMENTO. ART. 259 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SEGUNDO DISPÕE O ART. 259 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, A IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO ACUSADO COM O SEU VERDADEIRO NOME NÃO RETARDARÁ A AÇÃO PENAL, QUANDO CERTA A IDENTIDADE FÍSICA, PODENDO A RETIFICAÇÃO SER FEITA A QUALQUER TEMPO, SEMPRE JUÍZO DA VALIDADE DOS ATOS PRECEDENTES. ASSIM, SE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, VIER A SER DESCOBERTO QUE O RÉU ATRIBUI-SE FALSA IDENTIDADE, DEVE-SE PROCEDER AS DEVIDAS RETIFICAÇÕES, VISANDO, PRINCIPALMENTE, EXCLUIR O NOME DA PESSOA, CUJA IDENTIDADE FOI

1 **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: RT. 2009, p. 1007.

> ILICITAMENTE UTILIZADA, DO LIVRO ROL DE CULPADOS E DOS DEMAIS REGISTROS POLICIAIS E JUDICIAIS, E NÃO ANULAR O PROCESSO-CRIME. AÇÃO REVISONAL PROCEDENTE EM PARTE. (TJRS, RevCr n. 70000053389, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, julgado em 22.10.1999).

Ocorre, todavia, que, no precedente acima transcrito, era possível identificar a pessoa que verdadeiramente cometeu o crime. Não é o caso dos autos, em que a condenação transitou em julgado há muitos anos e não se sabe o paradeiro daquele que foi detido pela autoridade policial.

Desta forma, no caso concreto, a meu sentir, a melhor conclusão é a anulação da sentença condenatória proferida nos Autos n. 021.05.002151-7 e a consequente extinção de todos os seus efeitos (especialmente da Guia de Recolhimento n. 021.08.008324-3), com a exclusão do nome do requerente do rol dos culpados e a comunicação à Justiça Eleitoral para regularização de seus direitos políticos.

Imperioso lembrar, por fim, que os elementos de convicção contidos nos autos em apenso podem servir para eventual investigação criminal e possível ação penal, motivo pelo qual, após o trânsito em julgado desta Revisão Criminal, os autos em apenso devem ser encaminhados para o *Parquet*, mediante substituição por fotocópia, que deve ser arquivada.

Diante do exposto, acompanhando o parecer, julgo procedente a Revisão Criminal proposta por Roberto Marques Dias, para anular a sentença condenatória proferida em seu nome nos Autos n. 021.05.002151-7, oriundo da 1ª Vara da Comarca de Três Lagoas.

Efetue-se o procedimento necessário para a exclusão do nome do requerente do rol dos culpados.

Oficie-se à Justiça Eleitoral e ao Instituto de Identificação para afastamento dos efeitos decorrentes da anterior condenação.

Após o trânsito em julgado, substituam-se os autos em apenso por fotocópia integral do processo e remetam-se os originais para o *Parquet* tomar as providências cabíveis.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DEFERIRAM O PEDIDO REVISONAL. AUSENTES, POR FÉRIAS, OS VOGAIS 1º E 2º.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 22 de novembro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2011.030326-1 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CALÚNIA – ART. 138 DO CP – DECLARAÇÃO DE SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO DE JUÍZO – INÉPCIA DA DENÚNCIA – NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE PROVAS – DESENTRANHAMENTO DE PROVAS TIDAS ILÍCITAS – PRESCRIÇÃO DE ATO PRATICADO QUE DEU CAUSA À LIDE – PRETENSÕES IMPROCEDENTES – INADMISSIBILIDADE DE ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO EM SEDE DE *HC* – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – DEFICIÊNCIA DA INSTRUÇÃO – NÃO CONHECIMENTO.

O escopo do *habeas corpus* é sanar possível lesão, ou ameaça de lesão ao cidadão, ou seja, está destinado a garantir sua liberdade, seja por ilegalidade ou por abuso de poder. As questões postas em exame (nulidade de provas coligidas ilicitamente, inépcia da denúncia, impedimento ou suspeição, nulidade processual por ausência de provas e prescrição de ato praticado que deu causa à persecução penal), certamente não são matérias a serem discutidas no bojo do presente *mandamus*, para tanto, o sistema recursal fornece ao irresignado meios adequados para sua manifestação.

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, não conhecer do recurso.

Campo Grande, 21 de novembro de 2011.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

O Advogado Luiz Mesquita Bossay Junior impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Abboud Lahdo, apontando como autoridades coatoras os Juízes de Direito, Membros da 3ª Turma Recursal da Comarca de Campo Grande.

Aduz o impetrante, em apertada síntese, que: 1) o paciente foi denunciado/condenado pela prática do crime descrito no art. 138 (calúnia) do CP, praticado contra membro do Ministério Público; 2) recorreu do ato condenatório e, dentre outras teses, arguiu o impedimento e suspeição do juiz relator, sendo a 3ª Turma Recursal Mista, do Juizado Especial, incompetente para julgar o incidente; 3) a denúncia deve ser declarada inepta; 4) o processo deve ser declarado nulo, porquanto o magistrado não teria adiado o julgamento, mesmo informando a sua impossibilidade de comparecer ao ato, bem como pela falta de oitiva de testemunhas; 5) devem ser desentranhadas as provas colacionadas no processo principal, por terem sido produzidas de forma ilícita; 6) seja declarada a prescrição da conduta imputada nos autos da ação penal.

Requer, a concessão da liminar, a expedição de mandado às autoridades coatoras, a fim de que se abstenham de darem continuidade à ação penal ou, subsidiariamente, seja declarada a inépcia da denúncia, a incompetência da Turma Recursal, a nulidade do processo e/ou a prescrição.

Liminar indeferida à f. 94.

Informações da autoridade coatora às f. 90-1.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina, no parecer lançado às f. 99-101, v., preliminarmente, pelo não conhecimento do *habeas corpus* por ausência de prova pré-constituída e, no mérito, pela denegação da ordem.

VOTO

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

O Advogado Luiz Mesquita Bossay Junior impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Abboud Lahdo, apontando como autoridades coatoras os Juízes de Direito, Membros da 3ª Turma Recursal da Comarca de Campo Grande.

Aduz o impetrante, em apertada síntese, que: 1) o paciente foi denunciado/condenado pela prática do crime descrito no art. 138 (calúnia) do CP, praticado contra membro do Ministério Público; 2) recorreu do ato condenatório e, dentre outras teses, arguiu o impedimento e suspeição do juiz relator, sendo a 3ª Turma Recursal Mista, do Juizado Especial, incompetente para julgar o incidente; 3) a denúncia deve ser declarada inepta; 4) o processo deve ser declarado nulo, porquanto o magistrado não teria adiado o julgamento, mesmo informando a sua impossibilidade de comparecer ao ato, bem como pela falta de oitiva de testemunhas; 5) devem ser desentranhadas as provas colacionadas no processo principal, por terem sido produzidas de forma ilícita; 6) seja declarada a prescrição da conduta imputada nos autos da ação penal.

Requer, a concessão da liminar, a expedição de mandado às autoridades coatoras, a fim de que se abstenham de darem continuidade à ação penal ou, subsidiariamente, seja declarada a inépcia da denúncia, a incompetência da Turma Recursal, a nulidade do processo e/ou a prescrição.

Liminar indeferida à f. 94.

Informações da autoridade coatora às f. 90-1.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina, no parecer lançado às f. 99-101, v., preliminarmente, pelo não conhecimento do *habeas corpus* por ausência de prova pré-constituída e, no mérito, pela denegação da ordem.

Inicialmente, *mister* ressaltar o fundamento do presente remédio constitucional:

> Art. 5.º [...] LXVIII - conceder-se-á *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Observa-se que referido *writ* está destinado a garantir a liberdade de locomoção do cidadão, seja por ilegalidade, seja por abuso de poder. Nessa esteira, as pretensões deduzidas não podem ser conhecidas por três razões. Vejamos:

1) devido ao fato de que o impetrante não trouxe aos autos nenhuma informação concreta a respeito dos atos afirmados como coatores, tão pouco documentos que demonstrem por quais fundamentos a ação principal deva ser paralisada.

Embora o *habeas corpus* seja um remédio constitucional desprovido de formalidades (tanto que permite a qualquer pessoa a seu favor ou de outrem, e até ao Ministério Público, impetrar a ordem), há necessidade de obediência a requisitos mínimos, consoante o comando do art. 654 do Código de Processo Penal. Confira-se:

> Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.
>
> §1º A petição de *habeas corpus* conterá:
>
> a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
>
> b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
>
> c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

2) porque as medidas pertinentes à nulidade das provas produzidas no bojo da persecução penal, bem como ao trancamento da ação por falta de provas ou à declaração de incompetência de Juízo, inépcia da inicial e/ou prescrição de ato praticado que deu causa à *persecutio criminis*, não podem, no presente *writ*, ser examinadas, por inadequação da via eleita, porquanto requerem uma aprofundada análise do conjunto fático-probatório, sendo inviável suas apreciações por esta via estreita.

Calha a fiveleta colacionar os seguintes julgados do STJ:

> [...] 1. O exame da alegada ausência de fundamentos mínimos para a deflagração da ação penal demanda aprofundada discussão probatória, enquanto que para o trancamento da ação penal é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação do contexto de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade.
>
> 2. Em sede de *habeas corpus*, somente deve ser obstado o feito se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, ou ainda, a atipicidade da conduta, o que não se configura na hipótese.[...]. (*HC* n. 125580/RS-2009/0000195-0, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ de 14.2.2011).
>
> [...] 2. O remédio constitucional tem por objetivo sanar lesão ou ameaça de lesão à liberdade do indivíduo. Dessa feita, questões de alta indagação, como anulação de todo o processo por causa de prova inidônea, não podem ser objeto de discussão pela via eleita. [...]. (*HC* n. 158948/SP-2010/0003023-4, Quinta Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro –Desembargador convocado do TJ/AP –, DJ de 29.11.2010).

No mesmo sentido é o entendimento deste Pretório:

> [...] *Writ* não conhecido quanto às alegações de nulidades na prisão da paciente, vez que não foi apresentada provas pelo impetrante. Impossibilidade de dilação probatória. Quanto ao pedido de liberdade provisória, ordem não concedida, diante da vedação expressa no art. 44 da Lei de Drogas. (*HC* n. 2011.008066-2, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, julgado em 16.5.2011).

> [...] A análise de supostas ilegalidades na colheita de provas no inquérito policial implica revolvimento fático-probatório, peculiar ao processo de conhecimento, impossível na via estreita do *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, marcado por cognição sumária e rito célere. (*HC* n. 2010.004913-7, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Batista da Costa Marques, julgado em 20.4.2010).

3) finalmente, também, por inadequação da via eleita, uma vez que o presente remédio constitucional não se presta a rediscutir matérias já analisadas e transitadas em julgado.

Repita-se, o escopo do *habeas corpus* é sanar possível lesão, ou ameaça de lesão, à liberdade do cidadão. As questões postas em exame (nulidade de provas coligidas ilicitamente, inépcia da denúncia, impedimento ou suspeição, nulidade processual por ausência de provas e prescrição de ato praticado que deu causa à persecução penal), certamente não são matérias a ser discutidas no bojo do presente *mandamus*. Para tanto, o sistema recursal fornece ao irresignado meios adequados para sua manifestação.

Como bem consignou o d. representante do *Parquet* (f. 100-1):

> [...] não há mesmo meios de se examinar todas as alegações realizadas pelo impetrante. Ademais, não há indícios de que tenha havido qualquer ilegalidade por parte da autoridade apontada como coatora, tratando-se de sentença condenatória baseada em elementos concretos que comprovam autoria e materialidade.
>
> [...] constata-se que a petição do *Habeas Corpus* além de conter os requisitos previstos no art. 654, § 1º, do CPP, deve também ser instruída com os documentos que comprovem a veracidade das alegações, bem como que ratifiquem as razões ali avençadas.
>
> Destarte, *in casu*, não há que se falar no conhecimento do remédio constitucional ora impetrado, diante da ausência de comprovação das alegações do paciente nos Autos, sendo nesse sentido a orientação jurisprudencial [...].

Verifica-se, na realidade, que o paciente não se conforma com o *decisum* condenatório em seu desfavor, esquecendo-se de que o referido *writ* não constitui via idônea para a reapreciação do conjunto fático probatório, não podendo ser conhecido por ser manifestamente inadmissível, ante a inexistência de ato coator, por inadequação da via eleita e total deficiência na instrução, estando em confronto com jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

In casu, devem ser observados os limites legais impostos, sendo induvidoso que, na espécie, não ocorre tais circunstâncias.

Na data de hoje determinei a juntada de um Embargo de Declaração referente a este *Habeas Corpus*, mas como ele não havia sido julgado, estou fazendo o registro para evidenciar o *animus* litigante do impetrante, que, mesmo antes do julgamento da pretensão posta em Juízo, busca o Judiciário sem necessidade e sem utilidade.

Por todo o exposto, de acordo com o parecer, não conheço do presente *mandamus* por inadequação da via eleita, por ausência de ato coator e por total deficiência na instrução.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

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 Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 21 de novembro de 2011.

***

Seção Criminal
Revisão Criminal n. 2011.013416-1 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – REDUÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA FIXADO EM SEDE DE APELAÇÃO – HIPOSSUFICIÊNCIA DA REQUERENTE – NA FIXAÇÃO DA PENA, DEVEM SER ANALISADAS AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE – EMPREGADA DOMÉSTICA – DEFESA PATROCINADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA – *QUANTUM* DIMINUÍDO DE CINCO PARA UM SALÁRIO-MÍNIMO – REVISÃO DEFERIDA.

A requerente teve a pena reduzida em sede de apelação, quando houve a substituição da pena corpórea por duas restritivas de direito, sendo uma delas o pagamento de cinco salários-mínimos. Trata-se de empregada doméstica, cuja defesa foi patrocinada pela Defensoria Pública, portanto hipossuficiente, nos termos da lei. Na fixação das penas, o magistrado deve levar em conta o caráter retributivo, devendo ser proporcional ao delito imputado, mas também às condições pessoais do sentenciado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, deferir o pedido revisional. Em férias os Vogais 3º e 6º.

Campo Grande, 27 de setembro de 2011.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de revisão criminal proposta por Adriana Pereira da Silva nos termos do art. 621, "I", segunda parte do CPP, contra acórdão que transitou em julgado, fixando a pena da apelante em 2 anos e seis meses de reclusão e 250 dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de cinco salários mínimos. A condenação refere-se ao crime de tráfico de drogas.

Sustenta que houve equívoco na fixação do *quantum* da prestação pecuniária, tendo sido estabelecido valor incompatível com sua condição financeira, uma vez que é doméstica e, desta forma, não conseguirá cumprir com a obrigação.

A Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo não conhecimento do pedido. Se conhecido, pugna por seu indeferimento. (f. 240-4)

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

A presente revisão criminal foi proposta por Adriana Pereira da Silva, que pugna pela redução do *quantum* fixado na substituição da sua pena referente ao crime de tráfico de drogas. A requerente foi condenada pelo juiz *a quo*, recorreu e, em sede de apelação, teve a pena reduzida e a privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, sendo uma de prestação de serviços e a outra o pagamento de cinco salários-mínimos.

Insurge-se somente contra o *quantum* definido. Informa que o valor foi fixado em desacordo com suas condições pessoais, tratando-se de doméstica, defendida pela Defensoria Pública e, diante do valor elevado, não terá condições de pagá-lo.

Fundamenta o pedido no art. 621, III, do CPP. Reproduzo:

> Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:
>
> [...]
>
> III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Embora a Procuradoria de Justiça manifeste-se pelo não conhecimento da presente revisão, considero que o pedido enquadra-se entre as possibilidades descritas no citado artigo.

Ademais, esta Seção Criminal adotou como regra dar maior amplitude possível à revisão criminal, inclusive em relação à dosimetria da pena, como é o caso presente, que se amolda perfeitamente ao entendimento deste Colegiado. Colaciono a jurisprudência:

> EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ROUBO – DIMINUIÇÃO DE PENA – MAJORAÇÃO DA PENA-BASE COM FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – CULPABILIDADE NORMAL PARA OS DELITOS DA ESPÉCIE – DIMINUIÇÃO OPERADA – EXASPERAÇÃO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES – 1/3 PARA CADA UMA – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 443 DO STJ – PROVIMENTO.
>
> Se a culpabilidade do agente foi normal aos delitos de roubo, inviável aumentar a pena base com suporte na mera repetição de ser a mesma o senso de reprovação social da conduta.
>
> Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena, presentes no caso em análise. Súmula n. 443 do STJ. (RevCr n. 2011.016015-9, Seção Criminal, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, julgado em 9.8.2011).
>
> REVISÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - REQUERENTE QUE DEMONSTROU QUE NÃO POSSUI ANTECEDENTES CRIMINAIS - REDUÇÃO DA PENA-BASE - SANÇÃO FIXADA UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO - FIXADO, *EX OFFICIO*, O REGIME SEMIABERTO - REVISÃO CONHECIDA E DEFERIDA EM PARTE. (RevCr n. 2011.009717-9, Seção Criminal, Rel. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, julgado em 9.8.2011).

Assim, rejeito a preliminar e conheço do pedido.

Quanto ao mérito, considero que deve ser deferida a presente revisão.

A requerente foi condenada em primeiro grau à pena de 4 anos e dois meses de reclusão e pagamento de 417 dias-multa pela prática de conduta descrita no art. 33 da Lei de Drogas, referente ao transporte de 19,2 quilos de maconha em um ônibus. Apelou e teve provido o recurso.

A pena-base havia sido fixada no mínimo legal, porém foi elevada a fração da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da citada lei, tendo a pena ficado em 2 anos e seis meses de reclusão e 250 dias-multa. A pena corpórea foi substituída pela prestação de serviços e pagamento de cinco salários-mínimos.

Há de ser reconhecido que, na fixação do *quantum* da prestação pecuniária, não foram levadas em consideração as condições pessoais da requerente. Trata-se de doméstica, como se comprova dos autos (f. 135-7), que teve sua defesa na ação penal, e também nesta revisional, patrocinada pela Defensoria Pública Estadual, sendo pessoa hipossuficiente nos termos da lei.

O Código Penal estabelece o seguinte sobre a prestação pecuniária:

> Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos art. 46, 47 e 48.../LEIS/L9714.htm.
>
> § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Na fixação das penas, o magistrado deve levar em conta o caráter retributivo, devendo ser proporcional ao delito imputado, mas também às condições pessoais do sentenciado.

Sobre o tema, colaciono a jurisprudência desta Corte:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – RECURSO DA DEFESA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA POR HIPOSSUFICIÊNCIA – POSSIBILIDADE – PARCELAMENTO A SER DEFINIDO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA – APELANTE POBRE NA FORMA DA LEI –- POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **Fixado o valor da prestação pecuniária em *quantum* exacerbado para as condições financeiras do réu, reduz-se para patamar que não inviabilize o cumprimento da mesma.** Concede-se o benefício da justiça gratuita quando, de acordo com o conjunto probatório, restar demonstrado que o sentenciado for pobre na forma da lei, inobstante ter sido patrocinado por advogada particular. (TJMS, ACr n. 2011.003771-9, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 14.3.2011) - destaquei
>
> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – ARTIGO 180, § 1º DO CP – RECEPTAÇÃO QUALIFICADA DE JÓIAS – AUSÊNCIA DE CAUTELA QUANTO À ORIGEM – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 180 *CAPUT* (RECEPTAÇÃO SIMPLES) OU ARTIGO 180, § 3º (RECEPTAÇÃO CULPOSA) AMBOS DO CÓDIGO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – CABIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

> I - Inviável a desclassificação da conduta de receptação qualificada, para a figura culposa (180, § 3º, CP) ou para a forma simples (art. 180 *caput*, CP), quando as provas produzidas em juízo, comprovam o dolo eventual, traduzido na expressão "deve saber ser produto de crime", contido na redação do artigo 180, § 1º, do CP, motivo pelo qual, exige-se do comerciante, a devida cautela acerca da origem dos bens adquiridos.
>
> **II - A pena pecuniária deve guardar a mesma proporcionalidade com a pena corporal decretada, observando-se, ainda, a capacidade econômica do agente e a possibilidade de parcelamento da mesma, no juízo das execuções penais.** (TJMS, ACr n. 2011.001202-3, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Manoel Mendes Carli, julgado em 18.7.2011).
>
> EMENTA - EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL - PRETENDIDA DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE - EMBARGANTE PRIMÁRIO E BONS ANTECEDENTES - PEDIDO DE REDUÇÃO DO *QUANTUM* FIXADO PARA A PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – POSSIBILIDADE - VALOR EXARCEBADO - DIMINUIÇÃO EFETUADA - RECURSO PROVIDO.
>
> A pena-base deve ser diminuída se as circunstâncias judiciais são na maioria favoráveis e o embargante é primário e de bons antecedentes.
>
> Devido às poucas condições financeiras do embargante, a redução da pena de prestação pecuniária é medida que se impõe. (EI n. 2009.009082-4/0001-00, Seção Criminal, Rel. Des. João Batista da Costa Marques, julgado em 7.10.2009).

Assim, ante o exposto, deve ser deferido o pedido formulado na revisional, com a redução da prestação pecuniária de cinco para um salário-mínimo, *quantum* compatível com a condição financeira da requerente e que certamente poderá ser cumprido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DEFERIRAM O PEDIDO REVISIONAL. EM FÉRIAS OS VOGAIS 3º E 6º.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli, Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Claudionor Miguel Abss Duarte, Marilza Lúcia Fortes e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 27 de setembro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2011.018904-9 - Dourados
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – CORRUPÇÃO PASSIVA – OPERAÇÃO 'URAGANO' – DESNECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO ACUSADO – DENÚNCIA BASEADA EM INQUÉRITO POLICIAL – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CPP – ORDEM DENEGADA.

A obrigatoriedade da notificação do acusado – funcionário público – para a apresentação de resposta formal (art. 514 do CPP), fica restrita aos casos em que a denúncia estiver baseada, tão somente, em documentos acostados à representação; situação distinta da presente, em que foi ofertada com base em autos de inquérito policial – instaurado pela Polícia Federal – em que foram captadas imagens que, supostamente, comprovam o pagamento de vantagem indevida ao paciente. A peça acusatória preenche os requisitos do art. 44 do Código de Processo Penal e eventual existência/inexistência de provas capazes de ensejar a condenação do paciente requer um exame acurado do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

O trancamento de ação penal pela via de *habeas corpus* é medida excepcional, somente possível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios que embasem a acusação ou a extinção da punibilidade. No caso em análise, da simples leitura da denúncia, observa-se a descrição do fato delituoso, com a menção dos valores recebidos, para que, supostamente, o paciente fosse "*conivente com a administração municipal nos processos de fiscalização*" – o que se mostra mais do que suficiente para permitir o contraditório e a ampla defesa do acusado.

In casu, em análise preliminar, as gravações colhidas pela Polícia Federal sinalizam no sentido de que o acusado recebeu vantagem indevida – R$ 20.000,00 – para ser conivente com a administração municipal em eventuais irregularidades encontradas, durante fiscalização do TCU/MS, em obras públicas, portanto presentes indícios de autoria e materialidade do delito. Ou seja, não se verifica nenhuma das hipóteses – excepcionais – de trancamento da ação penal por falta de justa causa.

A impetração, na verdade, pretende a conclusão pela negativa de autoria, inviável em sede de *habeas corpus*, que, dado o seu rito célere e cognição sumária, não admite ampla dilação probatória, ademais, pretendendo o trancamento de ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e com o parecer, denegar a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 19 de setembro de 2011.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Manoel Cunha Lacerda impetrou *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor do paciente Selmo Marques de Oliveira, servidor público, denunciado pelo crime de corrupção passiva, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

Alega, preliminarmente, nulidade absoluta da decisão que recebeu a denúncia, por cerceamento de defesa, uma vez que recebida antes de ser o paciente notificado para apresentar defesa preliminar, conforme se exige quando o denunciado é servidor público, deixando-se de adotar o rito processual do art. 513 e seguintes do Código de Processo Penal.

Aduz que a denúncia é inepta e lhe falta justa causa, pois, inexistem indícios de autoria e materialidade. Afirma que não foi descrito na denúncia o delito de corrupção passiva, do qual teria participado o paciente. Diz que não houve qualquer pagamento de vantagem ou proposta indevida, apenas pagamento de um automóvel comprado de Humberto Teixeira Junior, tendo o próprio "Passaia" (responsável pelas gravações que supostamente incriminariam o paciente) afirmado que acusado era "credor" de Humberto.

O pedido liminar foi indeferido à f. 285.

As informações de estilo foram prestadas às f. 289-307.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem.

VOTO (EM 8.8.2011)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Consoante relatado, cuida-se de *habeas corpus*, impetrado em favor do paciente Selmo Marques de Oliveira, servidor público, denunciado pelo crime de corrupção passiva, apontando como autoridade coatora o Juiz (a) de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados. Sustenta-se, em síntese, nulidade absoluta da decisão que recebeu a denúncia contra o paciente, por cerceamento de defesa, uma vez que recebida antes da notificação para apresentação da defesa preliminar; a denúncia é inepta e lhe falta justa causa, pois inexistem indícios de autoria e materialidade do crime que está sendo imputado ao paciente, o qual nem sequer foi descrito na denúncia.

1. DA NULIDADE PELA AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA (ART. 514 DO CPP).

O cumprimento da formalidade referente à notificação prévia do acusado, para que ofereça resposta por escrito é dispensada quando a denúncia encontra-se devidamente respaldada em inquérito policial, como no caso.

Assim, a obrigatoriedade da notificação do acusado – funcionário público – para a apresentação de resposta formal, fica restrita aos casos em que a denúncia apresentada estiver baseada, tão somente, em documentos acostados à representação.

No caso em tela, a denúncia foi ofertada com base nos autos do Inquérito Policial n. 96/2010-DPF/DRS/MS – instaurado pela Polícia Federal – em que foram captadas imagens que, supostamente, comprovariam o pagamento de vantagem indevida ao paciente – vídeo registrado sob o nome "SUSP001_ Selmo _TCE" (f. 43-171).

Às f. 252-60, constam transcrições de conversas entre Eleandro Passaia e Rodrigo, assessor do vereador Humberto Teixeira, e entre aquele e o próprio Selmo Marques de Oliveira; às f. 261-5, consta o depoimento de Eleandro Passaia feito à Polícia Federal – esses documentos comprovam que o referido inquérito policial, que deu subsídio à denúncia, apurou a suposta conduta ilícita do paciente.

A respeito, colho precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSO PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA E CORRUPÇÃO PASSIVA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 514 DO CPP. FALTA DE DEFESA PRÉVIA. AÇÃO PENAL INSTRUÍDA POR INQUÉRITO POLICIAL. SÚMULA N. 330/STJ. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA.
>
> 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, tratando-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida em sede de apelação, não há falar em supressão de instância, em face da devolutividade integral da causa à instância superior. Diante disso, deve ser examinada a alegada nulidade da ação penal, por falta de notificação do acusado para apresentação da defesa preliminar.
>
> 2. **Sobre o tema, esta Corte orienta-se no sentido de ser necessária a observância do art. 514 do Código de Processo Penal, apenas em crimes funcionais próprios e na hipótese de a denúncia estar embasada exclusivamente em representação.**
>
> 3. No caso, encontrando-se a exordial acusatória devidamente respaldada em inquérito policial, não se aplica o rito previsto para o processamento dos crimes de responsabilidade do funcionário público. Tal entendimento está, inclusive, no verbete da Súmula n. 330/STJ.
>
> [...]
>
> 7. Ante o exposto, concedo parcialmente o *habeas corpus* para reduzir as penas recaídas sobre o paciente, fixando-as definitivamente em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 24 (vinte quatro) dias-multa, garantindo-lhe, ainda, o direito de iniciá-la no regime aberto, além de permitir a sua substituição por duas medidas restritivas de direitos. (*HC* n. 106.292, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernades, DJ de de 3.8.2009).
>
> A questão já mereceu até edição de súmula pelo STJ:
>
> É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial. (Súmula n. 330, Terceira Seção, julgado em 13.9.2006, DJ de 20.9.2006, p. 232).

2. DENÚNCIA INEPTA - Excepcionalidade do trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus.*

Pois bem. O trancamento de ação penal pela via de *habeas corpus* é medida excepcional, somente possível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios que embasem a acusação ou a extinção da punibilidade.

Na hipótese, a peça acusatória preenche os requisitos do art. 44 do Código de Processo Penal, e eventual existência/inexistência de provas capazes de ensejar a condenação do paciente requer um exame acurado do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus.* Ademais, eventuais irregularidades na fase inquisitorial não têm o condão de ensejar a nulidade da peça acusatória.

Sobre o assunto, dentre outros, confiram-se os seguintes precedentes, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. SONEGAÇÃO DE PAPEL OU OBJETO DE VALOR PROBATÓRIO (ART. 356 DO CPB). MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADOS. PROSSEGUIMENTO. ORDEM DENEGADA.

1. **O trancamento de Ação Penal por meio de *Habeas Corpus*, conquanto possível, é medida de todo excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.**

2. A exordial acusatória trouxe elementos suficientes para a caracterização do delito de sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356 do CPB), porquanto a paciente, então advogada da empresa ré em ação ordinária de indenização, reteve os autos por mais de 60 dias, sem autorização para tanto, e, após determinada a busca e apreensão em sua residência, constatou-se a supressão de documentos, tudo a demonstrar estarem preenchidos os requisitos legais constantes do art. 41 do CPP.

3. Inexistem elementos idôneos a comprovar de plano a natureza da documentação supostamente inutilizada ou mesmo a existência de erro material na numeração das páginas, e a via do *writ* - dada sua evidente estreiteza cognitiva - não se mostra adequada para a verificação de tais assertivas.

5. Opina o MPF pela concessão da ordem, de ofício, para trancamento da ação penal.

6. Ordem denegada. (*HC* n. 85.912/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 20.10.2008).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 299 DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA. I - A denúncia deve vir acompanhada com o mínimo embasamento probatório, ou seja, com lastro probatório mínimo (*HC* n. 88.601/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 22.6.2007), apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Em outros termos, é imperiosa existência de um suporte legitimador que revele de modo satisfatório e consistente, a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria do crime, a respaldar a acusação, de modo a tornar esta plausível. Não se revela admissível a imputação penal destituída de base empírica idônea (INQ 1.978/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 17.8.2007) o que implica na ausência de justa causa a autorizar a instauração da *persecutio criminis in iudicio*.

II - **O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (*HC* n. 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25.5.2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (*HC* n. 87.324/SP, Primeira Turma, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJU de 18.5.2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (*HC* n. 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 5.10.2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (*HC* n. 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17.11.2006).** Na hipótese, há, com os dados existentes até aqui, o mínimo de elementos que autorizam o prosseguimento

> da ação penal, sendo, portanto, demasiadamente prematuro o seu trancamento, uma vez que, ao menos em tese, a denúncia descreve, a partir do material colhido em inquérito policial, satisfatoriamente, conduta que se amolda perfeitamente ao tipo penal descrito no art. 299 do Código Penal. *Habeas corpus* denegado. (*HC* n. 87.942/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 10.3.2008.) – destaque nosso.

A denúncia só será considerada inepta quando constatada a total falta de exposição do fato criminoso, de forma a impedir, dificultar o exercício da ampla defesa.

No caso em tela, depreende-se que o paciente, após ampla e pormenorizada investigação efetivada pela Polícia Federal, foi apontado como um dos favorecidos no vasto esquema de corrupção apurado no Município de Dourados-MS, sendo apontado como autor do crime de corrupção passiva. Da simples leitura da denúncia, observa-se a descrição do fato delituoso, com a menção dos valores recebidos, para que, supostamente, o paciente fosse conivente com a administração municipal nos processos de fiscalização – o que se mostra mais do que suficiente para permitir o contraditório. Vejam-se trechos da exordial:

> Conforme restou captado em 9 de julho de 2010, às 8h41min, em conversa com ELEANDRO PASSAIA, o denunciado RODRIGO RIBAS TERRA, também conhecido como 'RODRIGO TAPADO', assessor do vereador, HUMBERTO TEIXEIRA JUNIOR, informou que o pagamento de vantagem indevida no valor de R$ 20.000,00 em favor de SELMO MARQUES DE OLIVEIRA, técnico de controle externo do TCE-MS, seria decorrência de um acordo entre SELMO e 'JUNINHO' (HUMBERTO TEIXEIRA JUNIOR).
>
> Referido pagamento de vantagem indevida resta confirmado pelo vídeo registrado sob o nome 'SUNP0001_Selmo_TCE', que registra o aludido servidor do TCE-MS informando que seu setor é responsável pela fiscalização de obras da prefeitura municipal de Dourados, que eles acharam algumas irregularidades, mas que é só sentar e conversar com eles que eles vão colocar 'coisas justificáveis que não dá nada' (*sic*). SELMO ressalta em referido video que 'não ferra ninguém' desde que seja ajudado e, mais adiante, pergunta quanto PASSAIA arrumaria para ele. PASSAIA responde inicialmente que arrumaria R$ 4.000,00, ocasião em que SELMO reclama, dizendo que isso não iria 'refrescar em nada' e pede presa para pagar o restante do que JÚNIOR TEIXEIRA havia combinado. PASSAIA explica que logo arrumaria os R$ 16.000,00 faltantes.
>
> Diante do exposto, conclui-se que HUMBERTO TEIXEIRA JÚNIOR e seu assessor RODRIGO RIBAS TERRA ofereceram vantagem indevida consistente no pagamento de importância em dinheiro no valor de R$ 20.000,00, ao técnico de controle externo SELMO MARQUES DE OLIVEIRA, objetivando, desse modo, determinar a prática de ato de ofício consistente na obtenção da convivência desse servidor nos processos de fiscalização instaurados pelo TCE-MS em relação às obras públicas de Dourados, incidindo na prática de atos que se subsumem ao tipo penal do art. 333 do Código Penal.
>
> Com efeito, SEL O MARQUES DE OLIVEIRA, na condição de técnico de controle externo do TCE-MS, aceitou proposta de vantagem indevida em dinheiro, no importe de R$ 20.000,00, em razão da função pública que ele ocupava, incidindo na prática de atos que se subsumem ao tipo penal do art. 317 do Código Penal. (*Sic.* f. 110-1.)

Assim, vê-se que não há qualquer mácula na denúncia efetivada em desfavor do paciente, a qual contém a exposição clara dos fatos tidos como delituosos, a qualificação dos acusados, a classificação dos crimes e o nexo de causalidade, de maneira a permitir o pleno exercício do direito de defesa.

A propósito, destacam-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FORMAÇÃO DE QUADRILHA, CORRUPÇÃO PASSIVA E CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 288, 317, *CAPUT* E 317, § 1º C/C O ART. 71, TODOS DO CPB). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR INÉPCIA DA DENÚNCIA. INADMISSIBILIDADE. INICIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE DE FORMA PORMENORIZADA A AÇÃO DELITUOSA, IDENTIFICANDO OS AUTORES E AS VÍTIMAS, E EXPLICITANDO COMO SE DERAM OS FATOS, COM A MENÇÃO A TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS INDISPENSÁVEIS AO PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO DESPROVIDO.

1. **O trancamento da Ação Penal por meio de *Habeas Corpus* é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.**

2. **O reconhecimento da inépcia da denúncia, por sua vez, pressupõe falta total de exposição do fato criminoso, de forma a macular o exercício do direito da ampla defesa.**

3. É certo que a peça denunciatória tem de trazer no seu próprio contexto os elementos que demonstram a certeza da acusação e a seriedade da imputação, não se admitindo expressões genéricas, abstratas ou meramente opinativas, o que induz a sua peremptória inaceitabilidade; porém, neste caso, ao contrário do que se afirma, a denúncia atende aos requisitos elencados no art. 41 do CPP, pois, ainda que limitada pela natural circunstância da multiplicidade de agentes, o fato é que, na hipótese, não se constata qualquer mácula na peça acusatória, que contém a exposição clara dos fatos tidos como delituosos, a qualificação dos acusados com a indicação de suas condutas, a classificação dos crimes e o nexo de causalidade, de maneira a permitir a mais ampla articulação defensiva.

4. Recurso desprovido, em consonância com o parecer ministerial. (*HC* n. 22.922/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 31.5.2011, DJ de 27.6.2011).

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. EFEITOS PENAIS REGIDOS PELO ART. 9º, § 2º, DA LEI N. 10.684/2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PACIENTES GESTORES E ADMINISTRADORES DA EMPRESA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...].

3. Não se pode ter por inepta a denúncia que descreve fatos penalmente típicos e aponta, mesmo que de forma geral, as condutas dos pacientes, o resultado, a subsunção, o nexo causal (teorias causalista e finalista) e o nexo de imputação (teorias funcionalista e constitucionalista), oferecendo condições para o pleno exercício do direito de defesa, máxime se tratando de crime societário onde a jurisprudência tem abrandado a exigência de uma descrição pormenorizada das condutas.

4. Ordem parcialmente concedida para determinar o trancamento da ação penal, exclusivamente, em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária. (*HC* n. 84.798/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 3.11.2009)

3. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses **não ocorrentes na espécie**.[1]

In casu, em análise preliminar, as gravações colhidas pela Polícia Federal sinalizam no sentido de que o acusado recebeu vantagem indevida – R$ 20.000,00 – para ser conivente com a administração municipal em eventuais irregularidades encontradas durante fiscalização do TCU/MS, em obras públicas, portanto presentes indícios de autoria e materialidade do delito. Ou seja, não se verifica nenhuma das hipóteses – excepcionais – de trancamento da ação penal por falta de justa causa.

Impedir de antemão o exercício da função jurisdicional, obstando o Estado de analisar os elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos, constitui uma hipótese de extrema excepcionalidade, não evidenciada na espécie, torna, pois prematuro o trancamento da ação penal instaurada em desfavor do acusado. Ademais, trata-se de fato apurado na "Operação Uragano", que chocou toda a comunidade, ante o descaso com o interesse público.

A respeito da questão, confiram-se julgados das Cortes superiores:

> *HABEAS CORPUS* - PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA – SITUAÇÃO DE ILIQUIDEZ QUANTO AOS FATOS SUBJACENTES À ACUSAÇÃO PENAL - CONTROVÉRSIA QUE IMPLICA EXAME APROFUNDADO DE FATOS E CONFRONTO ANALÍTICO DE MATÉRIA ESSENCIALMENTE PROBATÓRIA - INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO *HABEAS CORPUS* - PEDIDO INDEFERIDO.
>
> **- A extinção anômala do processo penal condenatório, em sede de *habeas corpus*, embora excepcional, revela-se possível, desde que se evidencie - com base em situações revestidas de liquidez - a ausência de justa causa.**
>
> **O reconhecimento da inocorrência de justa causa para a persecução penal, embora cabível em sede de *habeas corpus*, reveste-se de caráter excepcional. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexista qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal.**
>
> **- Havendo suspeita fundada de crime, e existindo elementos idôneos de informação que autorizem a investigação penal do episódio delituoso, torna-se legítima a instauração da *persecutio criminis*, eis que se impõe, ao Poder Público, a adoção de providências necessárias ao integral esclarecimento da verdade real, notadamente nos casos de delitos perseguíveis mediante ação penal pública incondicionada. Precedentes.**
>
> **- A liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa, pois o remédio processual do *habeas corpus* não admite dilação probatória, nem permite o exame aprofundado de matéria fática, nem comporta a análise valorativa de elementos de prova. Precedentes.** (*HC* n. 94.592/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 2.4.2009.) - grifo nosso.
>
> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARTIGO 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. TRANCAMENTO

1 *HC* n. 69.551/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 4.6.2007.

DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DELITO PLURISSUBJETIVO DE CONDUTAS PARALELAS E DELITO EVENTUALMENTE PLURISSUBJETIVO. NARRATIVA GENÉRICA. CONDUTAS HOMOGÊNEAS.

I - **O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do** *writ*, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses **não ocorrentes na espécie** (Precedentes).

II – No caso em tela, os fatos narrados na denúncia, respaldados em indícios de autoria e materialidade, levam, em tese, a indicativos de eventual crime de formação de quadrilha.

III - [...].

Ordem denegada. (*HC* n. 69.551/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 4.6.2007).

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. IMPROCEDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUANDO NÃO SE VERIFICA, DE PLANO, A ATIPICIDADE DA CONDUTA, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OU A AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. CONTRIBUIÇÃO DA DEFESA PARA O EXCESSO DE PRAZO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. **A denúncia contém a exposição clara e objetiva dos fatos tidos** como delituosos, com todas as suas circunstâncias, permitindo à denunciada o pleno exercício do direito de defesa, preenchendo, satisfatoriamente, o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal.

2. Uniforme é o entendimento desta Corte no sentido de que o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* implica, necessariamente, a demonstração, de plano, da atipicidade da conduta, da extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria, não ocorrentes na hipótese.

3. [...].

6. Ordem denegada. (*HC* n. 45.573/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 24.4.2006).

Inacolhíveis, portanto, as teses de inépcia da inicial e de atipicidade dos fatos. A descrição dos fatos na denúncia traz elementos indicativos que, supostamente, vinculam o paciente aos fatos que lhe são imputados, possibilitando-lhe compreender o teor da acusação e exercer sua defesa.

Registre-se que a impetração, na verdade, pretende a conclusão pela negativa de autoria, inviável em sede de *habeas corpus*, que, dado o seu rito célere e cognição sumária, não admite ampla dilação probatória, ademais, pretendendo o trancamento de ação penal.

Assim, se a negociação dizia ou não respeito à transação comercial, é fato que necessita de profunda análise probatória

Nesse sentido:

> CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA ACUSATÓRIA QUE SATISFAZ OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM O REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RÉU FORAGIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.
>
> I. O trancamento de ação penal por meio de *habeas corpus* é medida de índole excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se denote, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.
>
> II. Não há falar em inépcia da denúncia se a peça acusatória satisfaz todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, possibilitando a elucidação dos fatos delituosos descritos à luz do contraditório e da ampla defesa.
>
> III. A análise mais aprofundada do tema demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento, inviável em sede de habeas corpus, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, marcado por cognição sumária e rito célere.
>
> [...].
>
> VII. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (*HC* n. 167.654/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 13.12.2010).

4. DA SUSTENTAÇÃO ORAL

Pedi adiamento do julgamento, considerando a sustentação oral, a fim de complementar meu voto e não deixar passar sem apreciação qualquer argumentação alçada pelo causídico.

Com muito eloquência – o que lhe é peculiar – o advogado, defensor do ora paciente, em sustentação oral, afirmou estar "*assustado*", com "*medo*" do que chama de "*anomalia das mega operações e denúncias coletivas*", receando que todos os cidadãos possam ser acusados, inclusive ministros e desembargadores, dizendo que não há mais segurança em nosso país; afirmou, ainda, que se julga conforme a opinião pública e não pela prova dos autos.

Pois bem. Tenho por tranquilizá-lo, porque a pecha de culpado não advém de mera denúncia, mas sim de condenação transitada em julgado. Outrossim, concordo com a afirmação de que ministros ou desembargadores, assim como quaisquer outros cidadãos, podem ser acusados, até mesmo condenados, pois, como se sabe, também são destinatários das leis, e devem subjugar-se a elas e à justiça.

A justiça não deve estar ao lado de um ou de outro, senão ao lado dela mesma, não deve sucumbir a pressões, seja dos poderosos ou das maiorias, deve, nas palavras de Rui Barbosa, ser imparcial, exata, precisa, pura e imaculada.[2]

As megaoperações policiais e as denúncias coletivas não nascem de mencionada "*histeria em acusar*", se são gigantescas são porque os crimes que apuram e o número de envolvidos assim exigem;

2 **OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1942. v. 19, parte 3, p. 109.

emanam do anseio de toda a sociedade, cansada de ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus.[3]

In casu, meu julgamento dá-se conforme a prova dos autos, não sucumbo agora, como nunca o fiz, a qualquer pressão exercida pela mídia, pela opinião pública, ou por qualquer que seja.

Assim, mais uma vez valendo-me das palavras de Rui Barbosa, afirmo que creio na tribuna sem fúrias e na imprensa sem restrições, porque creio no poder da razão e da verdade; creio na moderação e na tolerância, no progresso e na tradição, no respeito e na disciplina, na impotência fatal dos incompetentes e no valor insuprível das capacidades.[4]

A prova de inocência do paciente, alardeada à exaustão, não é induvidosa, capaz de ceifar a ação penal em seu nascedouro. O documento – alegadamente capaz de comprovar que o dinheiro eventualmente prometido/entregue ao paciente seria advindo de negociação comercial – trata-se de contrato de compra e venda, sem registro em livro próprio no serviço de títulos e documentos, e que só teve cópia autenticada em serviço notarial em 28 de outubro de 2010, ou seja, após o oferecimento da denúncia, efetivado no mês de setembro de 2010. Ademais, cabe mencionar, que alegada negociação não chegou a se efetivar, como demonstra o distrato de f. 271-2 e o documento de f. 273, não se procedendo com a transferência do veículo em qualquer momento.

Como já afirmei acima, o presente *writ* não comporta discussão sobre o mérito da ação penal, sobre a culpa ou inocência do paciente, devendo apreciar apenas a existência de indícios capazes de ensejar a persecução penal. Não posso, nessa via, rebater todas as alegações do advogado de defesa, sem adentrar ao mérito, mas não há duvida quanto à existência de indícios suficientes para acusação, como se pode ver das gravações de f. 252-60, das quais destaco trechos da conversa havida entre Passaia e o ora acusado:

> [...] S - Vou relacionar o [...] veja bem, com relação as obras de 2000 e..e.9. O ano inteiro isso ai eles viram, tá com eles, só obra. No que se refere a obras. Isso ai sim, daí ta tranquilo ai (incompreensível) junto com ele lá [...] Beleza, não dá nada. Entendeu?
>
> [...]
>
> S – Tem essa não, cê sabe, Conselheiro do Tribunal é nomeado pelo Governador e cargo...cargo alto, alto, alto, só mesmo vindo através de...de..de..dedo de alguém. Não é asssim que eles vão conseguir ser alguém dentro lá não. Eu trabalho diferente, né cara, eu não ferro ninguém Nego me ajudou (incompreensível)
>
> EP (incompreensível)
>
> S – Não tenho intenção de...de ferrar ninguém. Agora os meninos lá na obra é tranquilo. La da pra vocês pegar e fazer um acerto com eles lá e....Tchau (incompreensível) deitar e dormir. Não entregaram o relatório deles ainda lá.
>
> EP – Então (incompreensível) conversa desse relatório quero bater um papo com eles.
>
> S – Então, por isso que eu te falo, lá tranquilo, lá cé...tranquilo.

3 "*De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.*" **Descritores:** Triunfo das nulidades ; Injustiça, crescimento; Honestidade. In: OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA. Rio de Janeiro, DF: Senado Federal, 1914. v. 41, t. 3, p. 86. **Observações**: Trecho do discurso "Requerimento de Informações sobre o Caso do Satélite - II". Não há original no Arquivo da FCRB. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFrase=883>

4 FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. **Credo político.** Disponível: <http://www.casaruibarbosa.gov.br>

EP - Como é que eu faço pra encontrar esse pessoal?

S – Uê, cê marca comigo lá em Campo Grande e coloco pra conversas com eles.

EP – Eu vou semana que vem Vamos fazer assim. Eu quero ter uma conversa contigo o seguinte..

S - Ãh

EP – O pessoal que fica escutando, eles querem meter código mesmo né?

S - É

EP Se começa a falar de mais o pessoal percebe.

S – Eu sei.

EP – Na hora que vc falou da documentação, eu falei: não, ta beleza.

S - Un

EP – O que eu consegui foi só um pouco. Terça feira eu quero ir pra CAmpo Grande levar o resto e eu faço um acordo com você

S – Uh?

EP – Cê...Eu...Cê fala pô...Eu não to te enrolando. Eu vou ter dar um pouco. Se terça feira não levar cê desconsi...isso aqui cê desconsidera E...e...e....e...é teu. Mas eu vou levar o restante terça feira.

[...] (*Sic*. f. 255-6.)

Assim, diante de todo o exposto, com o parecer, denego a ordem.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. BRANDES), APÓS, POR UNANIMIDADE, REJEITAREM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, O RELATOR E A 2ª VOGAL DENEGAREM A ORDEM.

VOTO (EM 15.8.2011)

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (1º Vogal)

Em primeiro lugar, não obstante já tenha votado afastando as preliminares suscitadas, devo reconhecer, agora, após a leitura dos Autos, que devo rever minha posição, relativamente à preliminar de nulidade por desatenção ao rito que deveria ter sido imprimido ao primitivo inquérito, segundo os parâmetros do art. 513 e seguintes do CPP.

Realmente, resta claro que, em sede de 1º grau, dispensou-se a notificação prévia de que dispõe o art. 514 do referido Código, já que se está diante de crime afiançável, e essa providência não é facultativa, segundo se depreende da leitura do dispositivo *"[...] e ordenará a notificação do acusado, para resposta por escrito,[...]"*.

É certo que essa providência, realmente não é de caráter obrigatório, no caso de, segundo se lê no art. Anterior, 513 *"denúncia instruída com documentos [...] que façam presumir a existência do delito."*

Ora, na hipótese dos autos, ocorria exatamente o contrário. Além da gravação, não conclusiva, nada mais se apurou em sede de inquérito policial, ou seja, sem outras peças autorizadoras da denúncia imputada ao paciente, como ordena o rito processual adequado.

De outra parte, ainda que se entenda que se trate de nulidade relativa, é forçoso reconhecer que essa omissão foi questionada a tempo, pelo réu, e é inegável que lhe resultou prejuízo, exatamente porque, apresentada a defesa reclamada, antes do recebimento da denúncia, como quer a lei, permite ao juiz decidir com mais propriedade e segurança se o caso é ou não de receber a denúncia.

Destaca-se, outrossim, por importante, que, da leitura das peças que instruem esta medida, era indispensável mesmo o juiz examinar a preliminar, visto que a questão suscitada era relevante, já que continha informações verossímeis de que o diálogo resultante da gravação, em relação ao paciente, tem pertinência com a tese alegada – venda de um veículo em parcelas, o que aliás está devidamente comprovado nos autos, por documentos com firma reconhecida, provando então a anterioridade da negociação.

A meu sentir, a juíza, ao suprimir a fase importante posta no art. 514, causou prejuízo ao ora paciente, na medida em que, não analisando as razões que deveriam ter sido apresentadas, deixou também de eventualmente rejeitar a denúncia. Suprimiu, depois, um grau de jurisdição, visto que, eventual decisão desfavorável oportunizaria ao paciente recorrer a este Tribunal.

Agora, o que temos: réu com denúncia recebida, num processo rumuroso, onde 60 pessoas foram denunciadas. Pergunta-se: quanto tempo durará essa ação?

Em razão disso, dada a pertinência das razões apresentadas pelo paciente, explicando o fato captado na gravação, relacionado com a venda documentada do veículo, é que, como disse, revejo minha posição anterior, acolho essa preliminar e concedo a ordem, para determinar que seja oportunizada ao paciente a fase do art. 514 do CPP.

Quanto ao mérito, não tenho dúvida em conceder a ordem, visto que, como já disse, foi prematuro o recebimento da denúncia justamente porque, com os elementos dos autos, acrescidos da explicação dada pelo paciente, estou seguro de que a venda noticiada, o inadimplemento e a cobrança feita por conversa telefônica, exigia, no mínimo do magistrado, que se reservasse para receber a denúncia em relação ao paciente, após a colheita de novos elementos de convicção.

Nesta parte, então, rejeito a denúncia em relação ao ora paciente, aguardando-se, se for o caso, novos e seguros elementos que sirvam de sustentação à denúncia.

Por último, se vencido a respeito das proposições acima, e considerando, como disse, que hoje são 59 denunciados, também concedo a ordem para que, com fundamento no art. 80 do CPP, separe-se o processo em relação ao paciente, dada a inexistência de grandes indagações em razão do que já expliquei neste voto.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DA 2ª VOGAL (DESª. MARILZA), PARA REVER SEU VOTO, NO QUAL ACOMPANHAVA O RELATOR, REJEITANDO A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DENEGANDO A ORDEM, APÓS O 1º VOGAL REVER SEU VOTO QUANTO À PRELIMINAR, ACOLHENDO-A E, NO MÉRITO, CONCEDER A ORDEM.

VOTO (EM 19.9.2011)

A Srª. Desª. Marilza Lúcia Fortes (2º Vogal)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos advogados Manoel Cunha Lacerda e Nabiha de Oliveira Maksoud em favor do paciente Selmo Marques de Oliveira, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

Os impetrantes alegam, em apertada síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal porque é processado pela suposta prática do crime de corrupção passiva, porém a autoridade coatora não o notificou para apresentar defesa preliminar, gerando nulidade absoluta, por ausência de formalidade essencial.

Argumentam, ainda, que a denúncia é inepta, pois não descreveu a ocorrência de delito de corrupção passiva.

Por fim, afirmam que não existe justa causa para a persecução penal porque o paciente não cometeu o crime a ele imputado, visto que as tratativas sobre valores em dinheiro dizem respeito à venda de uma caminhonete.

O Des. relator Dorival Moreira dos Santos afasta a preliminar de nulidade pela ausência de notificação prévia com apoio na Súmula n. 330 do Superior Tribunal de Justiça.

Rejeita a preliminar de inépcia da inicial, porque *"não há qualquer mácula na denúncia efetivada em desfavor do paciente, a qual contém a exposição clara dos fatos tidos como delituosos, a qualificação dos acusados, a classificação dos crimes e o nexo de causalidade, de maneira a permitir o pleno exercício do direito de defesa"*.

No mérito, denega a ordem, pois *"o presente writ não comporta discussão sobre o mérito da ação penal, sobre a culpa ou inocência do paciente, devendo apreciar apenas a existência de indícios capazes de ensejar a persecução penal"*.

O 1º Vogal acolhe a preliminar de nulidade, *"por desatenção ao rito que deveria ter sido imprimido ao primitivo inquérito, segundo os parâmetros do art. 513 e seguintes do CPP"*.

No mérito, embora tenha votado no sentido de acolher a preliminar de nulidade, o 1º vogal concede a ordem para trancar a ação penal por ausência de justa causa.

Solicitei vista dos autos para melhor compreender e posicionar-me sobre a matéria; li-os e, diante da condição fática e de direito, acompanho o voto do i. Des. rel., com os mesmos fundamentos por ele apresentados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 1º VOGAL.

Presidência da Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

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 Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 19 de setembro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.020338-7 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – DUAS APELANTES – DESCLASSIFICAÇÃO DA RECEPTAÇÃO QUALIFICADA PARA CULPOSA – IMPOSSIBILIDADE – AGENTE ATUAVA COMO COMERCIANTE E COMPROU JOIAS FURTADAS – DOLO EVENTUAL – CONDUTA QUE SE ENQUADRA AO ART. 180, § 1º, DO CP – NECESSIDADE DE MAIOR REPRIMENDA A QUEM SE DEDICA À ATIVIDADE COMERCIAL OU INDUSTRIAL – AFASTAMENTO DE INDENIZAÇÃO À VÍTIMA – PEDIDO COMUM DAS APELANTES – MATÉRIA NÃO REQUERIDA NO CURSO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL E NÃO EXPOSTA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – PARCIAL PROVIMENTO AO PEDIDO DA APELANTE CONDENADA POR RECEPTAÇÃO E PROVIMENTO AO FORMULADO PELA CONDENADA POR FURTO.

Incabível a desclassificação da receptação qualificada para a culposa. Trata-se de pessoa proprietária de estabelecimento comercial que adquiriu joias furtadas e não adotou as medidas de cautela exigíveis na transação. A lei prevê reprimenda mais rigorosa àquele que comete receptação em atividade comercial ou industrial. Afastada da sentença a fixação de valor para indenização à vítima, como postulado pelas duas apelantes. Matéria não foi discutida no curso do processo. Respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de outubro de 2011.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de apelações criminais interpostas por Célia Mangeere e Eliane Ferreira da Silva contra a sentença que as condenou, respectivamente, pela prática das condutas previstas nos art. 180, § 1º, e 155, *caput*, do CP.

Célia, condenada à pena de três anos de reclusão e multa de dez dias-multa, convertida em pagamento de dois salários-mínimos a entidades sociais, sustenta que deve ser absolvida, uma vez que desconhecia a origem ilícita das joias que adquiriu.

Não sendo absolvida, requer a desclassificação para a conduta do art. 380, § 3º, do CP, além do afastamento da condenação ao pagamento de indenização à vítima. (f. 179-87)

O magistrado fixou em R$ 3.900,00 o valor mínimo para indenização à vítima.

Elaine, condenada em 1 ano de reclusão e dez dias-multa, pena substituída por restritiva de direitos, consistente em pagamento de um salário-mínimo à Apae, requer seja afastado o valor da indenização à vítima, ainda que considere ter sido imputado somente à corré Célia, uma vez que a fixação ocorreu sem o devido processo legal, não tendo havido contraditório acerca da matéria durante o curso da ação penal.

Prequestiona negativa de vigência ao art. 83, IX, da CF, aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição, além do art. 387, IV, do CPP. (f. 217-24)

Em contrarrazões, o Órgão Ministerial manifestou-se pelo conhecimento e não provimento dos apelos de Célia (f. 190-6) e de Eliane (f. 227-31).

Parecer da Procuradoria de Justiça igualmente pelo não provimento. (f. 240-6)

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Consta dos autos que, na data de 2 de abril de 2009, Eliane Ferreira da Silva apresentou-se como diarista em uma residência, no bairro Jardim TV Morena, em Campo Grande, e subtraiu várias joias. No dia seguinte, vendeu-as à Célia Mangeere, em uma loja de compra de ouro, localizada na área central da Cidade.

Ambas foram condenadas. Eliane nos termos do art. 155, § 4º, I, do CP, sendo fixada pena de 1 ano de reclusão e dez dias-multa; e Célia nos termos do art. 180, § 1º, da mesma lei, com pena de três anos de reclusão e dez dias-multa. Na sentença, o magistrado ainda fixou valor para reparação de danos.

Os recursos devem ser conhecidos, uma vez que cumprem os requisitos.

Analiso, inicialmente, o apelo de Célia.

Sustenta que não houve dolo em sua conduta, porque desconhecia a origem ilícita dos objetos, devendo, portanto, ser absolvida. Não sendo este o entendimento, requer a desclassificação da conduta qualificada para a culposa (art. 180, § 3º, do CP) e, ainda, seja afastada a condenação a indenizar a vítima.

A condenação deve ser mantida. A modalidade qualificada admite tanto o dolo direto quanto o eventual. Refere-se à agente que, no desempenho de atividade comercial ou industrial, recepta objeto que deveria saber ser de origem ilícita.

A doutrina explica que:

> É o dolo eventual, a vontade livre e consciente de adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar [...] entendemos que a expressão "deve saber ser produto de crime" indica dolo eventual e não a culpa.[1]

1 DELMANTO, Celso et alii. **Código Penal Comentado**. SP: Saraiva, 2010. p. 659.

> Quando o delito for cometido por um comerciante ou por um industrial, possuidor de maior facilidade para cometer receptações, diante da sua própria atividade profissional, que lhe fornece infraestrutura...é logico que é muito mais grave que a receptação simples.[2]
>
> [...] e a aquisição foi realizada no exercício de atividade comercial, mostra-se inviável a desclassificação para receptação simples. [3]

A apelante relatou, na fase judicial, que a autora do furto apareceu já no horário de fechamento da loja e disse que as joias eram dela e que precisava vendê-las para pagar aluguel. Acabou comprando-as, mesmo sem as devidas cautelas, como ficou evidenciado em suas declarações na fase inquisitorial:

> Que a interrogada pesou as peças e pagou o valor que é negociado por peso; que a interrogada não preencheu recibo, pelo fato de Eliane estar se mudando de endereço e disse que não sabia o endereço correto da rua e número da casa onde iria morar. (f. 27)

Assim, resta evidenciado que a apelante, comerciante à época dos fatos, adotou conduta assumindo o risco de cometer o ilícito sob análise.

Sobre o tema, trago jurisprudência:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – ARTIGO 180, § 1º DO CP – RECEPTAÇÃO QUALIFICADA DE JÓIAS – AUSÊNCIA DE CAUTELA QUANTO À ORIGEM – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 180 *CAPUT* (RECEPTAÇÃO SIMPLES) OU ARTIGO 180, § 3º (RECEPTAÇÃO CULPOSA) AMBOS DO CÓDIGO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – CABIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Inviável a desclassificação da conduta de receptação qualificada, para a figura culposa (180, § 3º, CP) ou para a forma simples (art. 180 *caput*, CP), quando as provas produzidas em juízo, comprovam o dolo eventual, traduzido na expressão "deve saber ser produto de crime", contido na redação do artigo 180, § 1º, do CP, motivo pelo qual, exige-se do comerciante, a devida cautela acerca da origem dos bens adquiridos. II - A pena pecuniária deve guardar a mesma proporcionalidade com a pena corporal decretada, observando-se, ainda, a capacidade econômica do agente e a possibilidade de parcelamento da mesma, no juízo das execuções penais. (TJMS, ACr n. 2011.001202-3, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Manoel Mendes Carli, julgado em 18.7.2011).
>
> EMENTA: APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. ARGUMENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E DE DESPROPORCIONALIDADE AFASTADA. Não há falar em inconstitucionalidade ou desproporcionalidade da pena proposta pelo § 1º do art. 180 do Código Penal. O legislador estabeleceu a necessidade de aplicação de apenamento mais rigoroso ao caso de receptação levada a efeito no exercício de atividade comercial e industrial, justamente para evitar o incremento da criminalidade, descabendo ao julgador ignorar o preceito legal. Caso concreto em que sobejamente demonstrado que o réu adquiriu mercadorias de origem ilícita conhecida para posterior revenda em seu estabelecimento comercial. Inviável, assim, o afastamento da forma qualificada, bem como o acolhimento do pleito de desclassificação para a modalidade culposa do delito. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, ACr n. 70037731536, Sétima Câmara Criminal, Rel. Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 7.10.2010).

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2010. p. 847.

3 PRADO, Luiz Regis. **Comentário ao Código Penal**. São Paulo: RT. 2010. p. 622.

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. Os elementos de convicção colhidos durante a instrução demonstram a materialidade e a autoria do crime de receptação qualificada pela qual o denunciado foi responsabilizado. Descabida a pretensão absolutória ante a robusta prova oral carreada aos autos. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. Inviável a desclassificação para a modalidade culposa em virtude da incidência da presunção legal de ciência da origem ilícita da coisa, consideradas as particularidades do caso concreto. REDIMENSIONAMENTO DA PENA BASILAR. Descabida a modificação da sanção condenatória inicial, estipulada em três anos de reclusão. As coordenadas constantes do art. 59 do Código Penal foram aquilatadas com ponderação e razoabilidade. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. (TJRS, ACr n. 70035635994, Sétima Câmara Criminal, Rel. Naele Ochoa Piazzeta, julgado em 27.5.2010)

HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. FIXAÇÃO DA PENA DA RECEPTAÇÃO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. CRIME AUTÔNOMO. MAIOR GRAVIDADE E REPROVABILIDADE DA CONDUTA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A definição das formas qualificadas para algumas espécies de delitos, as quais via de regra acompanham um apenamento mais gravoso, se justifica pela necessidade de se impor um maior juízo de reprovabilidade às condutas que afetem de forma mais intensa os bens penalmente protegidos.

2. Não se mostra prudente a imposição da pena prevista para a receptação simples em condenação pela prática de receptação qualificada, pois a distinção feita pelo próprio legislador atende aos reclamos da sociedade que representa, no seio da qual é mais reprovável a conduta praticada no exercício de atividade comercial. Precedente da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça e da Corte Suprema.

3. Ordem denegada. (STJ, *HC* n. 163419, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ de 1.8.2011).

HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA (ART. 180, § 1º DO CPB). PENA FIXADA: 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, SUBSTITUÍDA POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA PENA COM BASE NO PRECEITO SECUNDÁRIO PREVISTO PARA A MODALIDADE SIMPLES (ART. 180, *CAPUT*). IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA 3ª SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO REsp n. 772.086/RS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA.

1. No julgamento do REsp n. 772.086/RS, em 13.10.2010, pela 3ª Seção desta Corte, fixou-se o entendimento acerca da impossibilidade de substituição da pena aplicada pela prática de receptação qualificada (art. 180, § 1º, do CPB) por aquela prevista para a receptação simples (art. 180, *caput,* do CPB).

2. É totalmente compatível com a necessidade da repressão a crimes patrimoniais atribuir ao comerciante, ou industrial, que adquire coisa que ele sabe ser oriunda de crime, uma pena mais severa, uma pena mais grave.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (STJ, *HC* n. 133493, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 12.5.2011).

Indenização da vítima

A apelante Célia pugna que seja afastada sua condenação a indenizar a vítima pelos prejuízos enfrentados, uma vez que devolveu parte das joias ao saber da origem ilícita.

Tal pedido confunde-se com a apelação de Eliane Ferreira da Silva, para afastamento do valor fixado, uma vez que não houve contraditório sobre o tema. Assim, analiso-os conjuntamente.

O magistrado estabeleceu, na sentença condenatória, o *quantum* de R$ 3.900,00, para reparar os prejuízos sofridos pela vítima, considerando o seguinte:

No caso dos autos, o delito ocorreu em 4 de abril de 2009 e causou prejuízo a acusada, no importe de R$ 3.900,00 (três mil e novecentos reais), conforme auto de avaliação indireta de f. 37, eis que somente parte das jóias subtraídas, estimadas em R$ 2.100,00 (dois mil e cem reais), foram-lhe restituídas. (f. 162)

O art. 387, IV, do CPP estabelece o seguinte:

> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
>
> IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; [...].

Da análise dos autos, constato que procede o alegado pelas apelantes. Na inicial, não há qualquer pedido de fixação de valor mínimo para indenização, bem como nada foi postulado pela vítima ou mesmo pelo Órgão Ministerial no curso da ação penal, quando era possível exercer o contraditório. O representante ministerial somente tratou do tema por ocasião das alegações finais, tendo sido o pedido provido pelo magistrado e utilizada como parâmetro a avaliação indireta feita por dois policiais civis, designados pela autoridade policial, que apontaram o valor de R$ 3.900,00.

Logo, não houve contraditório sobre a matéria nem mesmo uma avaliação técnica adequada sobre o alegado prejuízo, contrariando o devido processo legal e a ampla defesa.

Sobre o tema, ensina Nucci[4]:

> Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver pedido formal e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por nítida infringência ao princípio da ampla defesa.

Assim, deve ser afastado o *quantum* definido pelo magistrado a título de valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso de Célia Mangeere e provimento ao de Eliane Ferreira da Silva, a fim de afastar o valor estabelecido para a indenização à vítima, requerido por ambas as apelantes.

4 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: RT. 2009. p. 701.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, Francisco Gerardo de Sousa e Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 6 de outubro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.010838-6 - Ivinhema
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS E TIPICIDADE DA CONDUTA PRATICADA – REJEITADA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA – NÃO ACOLHIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I – Não há falar em absolvição por ausência de provas quando a autoria e a materialidade restaram consubstanciadas pela juntada de documentos e depoimento de testemunhas. Outrossim, percebe-se que a conduta da apelante enquadra-se perfeitamente no delito descrito no art. 312 do Código Penal, já que ela se apropriou dos pagamentos de que tinha a posse em razão da função pública que exercia.

II - Equipara-se a funcionário público para efeitos penais, pessoa empregada de entidade paraestatal que fora contratada pelo Estado para prestar serviços públicos, a teor do art. 327 do CP. Assim, não há falar em desclassificação para o delito de apropriação indébita, devendo ser mantida a condenação pelo crime de peculato.

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.

Campo Grande, 17 de outubro de 2011.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Trata-se de apelação criminal interposta por Enedina Linz Caitano da Rosa contra a sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Ivinhema (f. 285-92), que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia e a condenou como incursa no art. 312 do Código Penal, por 5 (cinco) vezes, na forma do art. 71 do mesmo Código em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade, ao final, substituída por uma restritiva de direito e multa, sendo a primeira consistente na prestação de serviços à comunidade a ser fixada pelo juízo da execução penal e a segunda consistente em 10 (dez) dias-multa, que, somados aos outros 16 (dezesseis) já fixados anteriormente, totalizam 26 (vinte e seis) dias-multa, a serem recolhidos na forma do que dispõe o art. 50 do Estatuto Repressivo.

Dos autos, consta que, no período em que trabalhava como representante do Incra, na década de 90, a apelante Enedina Linz Caitano da Rosa apropriou-se do dinheiro recebido de Geraldo Luís da Cunha,

Orival Elias Pires, Lindolfo Soares Sobrinho, Valdemir de Oliveira, Geraldino Talaska, Claudemir Marchi, Noé Martins dos Santos, Maria Conceição de Jesus Silva, para quitação das parcelas dos lotes adquiridos por estes através do Incra.

Enedina Linz Caitano da Rosa, em razões de apelação (f. 315-22), pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja absolvida ante a insuficiência de provas suficientes para a condenação e/ou pela atipicidade da conduta, porém, se improvido o pleito absolutório, seja a conduta da apelante desclassificada para apropriação indébita, prevista no art. 168 do Código Penal.

Por fim, prequestionou os art. 157 e art. 381, inciso III, do Código de Processo Penal e art. 5º, incisos XLVI e LVII, e art. 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal.

Em contrarrazões (f. 336-49), o Ministério Público Estadual requer seja improvido o presente recurso. Por fim, prequestiona o art. 312 do Código Penal.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 357-61), opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Enedina Linz Caitano da Rosa contra a sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Ivinhema (f. 285-92), que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia e a condenou como incursa no art. 312 do Código Penal, por 5 (cinco) vezes, na forma do art. 71 do mesmo Código em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade, ao final, substituída por uma restritiva de direito e multa, sendo a primeira consistente na prestação de serviços à comunidade a ser fixada pelo juízo da execução penal e a segunda consistente em 10 (dez) dias-multa, que, somados aos outros 16 (dezesseis) já fixados anteriormente, totalizam 26 (vinte e seis) dias-multa, a serem recolhidos na forma do que dispõe o art. 50 do Estatuto Repressivo.

Dos autos, consta que, no período em que trabalhava como representante do Incra, na década de 90, a apelante Enedina Linz Caitano da Rosa apropriou-se do dinheiro recebido de Geraldo Luís da Cunha, Orival Elias Pires, Lindolfo Soares Sobrinho, Valdemir de Oliveira, Geraldino Talaska, Claudemir Marchi, Noé Martins dos Santos, Maria Conceição de Jesus Silva, para quitação das parcelas dos lotes adquiridos por estes através do Incra.

Enedina Linz Caitano da Rosa, em razões de apelação (f. 315-22), pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja absolvida ante a insuficiência de provas suficientes para a condenação e/ou pela atipicidade da conduta, porém, se improvido o pleito absolutório, seja a conduta da apelante desclassificada para apropriação indébita, prevista no art. 168 do Código Penal.

Por fim, prequestionou os art. 157 e art. 381, inciso III, do Código de Processo Penal e art. 5º, incisos XLVI e LVII, e art. 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal.

Passo à análise do recurso.

O apelante pleiteia a sua absolvição, tendo em vista a insuficiência de provas a ensejar a sua condenação.

No entanto, compulsando-se os autos, vislumbro a existência de elementos suficientes a comprovar a autoria e a materialidade delitiva.

Primeiramente, as testemunhas ouvidas na fase inquisitorial e em juízo foram uníssonas em afirmar que efetuaram pagamentos à apelante, a qual não repassou ao Incra. Vejamos:

> [...] Havia uma pessoa na prefeitura que era responsável em arrecadar o valor da parcela e fazer o pagamento junto ao INCRA em Dourados. Nunca houve problemas quando a funcionária Rose, não sabendo o sobrenome, cuidava das arrecadações e pagamento das parcelas junto ao INCRA. Em determinada época o INCRA possibilitou o pagamento para a quitação das parcelas e a aquisição definitiva da propriedade. Nessa época a pessoa responsável pela arrecadação e pagamento era a acusada aqui presente, sendo que ela entrou em contato com o INCRA e informou ao declarante que a quitação ficaria em cento e cinquenta ou cento e setenta reais, não recordando ao certo. Salvo engano, isso ocorreu no ano de 1998. Repassou o dinheiro para a acusada e recebeu dela um papel como fosse o recibo de quitação, exatamente aquele constante às f. 13 que lhe é mostrado nesta oportunidade. Esclarece que o lote que adquiriu ainda estava em nome de Eloi Arino Pereira quando fez o pagamento para a quitação. Esclarece que quando tentou fazer a escritura do imóvel constataram que havia um débito de aproximadamente dez mil reais, porque não haviam sido pagas as parcelas anuais para o INCRA. Para o declarante tudo estava pago, uma vez que acreditava que os responsáveis em Novo Horizonte do Sul, por arrecadarem o dinheiro, tinham feito os pagamentos. Para não perder o imóvel teve que pagar mais de nove mil reais para o INCRA, sendo que atualmente possui o imóvel em nome próprio. Chegou a conversar com a acusada a respeito do que vinha ocorrendo, e ela respondeu que o valor que tinha recebido havia mandado para outras pessoas para que pagassem as parcelas junto ao INCRA. Segundo a acusada seriam "Dico" e Vagner quem levavam o dinheiro para o pagamento no INCRA, sendo que ambos eram funcionários da prefeitura. [...] Descobriu posteriormente que os recibos de quitação são diferentes daqueles que lhe eram passados, mas como não sabia tinha esses documentos como comprovantes de pagamento. Muitas outras pessoas estão ou estavam na mesma situação do declarante. [...] Antes já havia feito uns dois pagamentos de parcelas para a funcionária Rose, como já disse, a qual já é falecida. Rose lhe deu recibos que eram diferentes daquele recibo da acusada, e salvo engano aqueles recibos estão anexados na escritura definitiva. [...] Esclarece que seu filho levou o recibo de f. 13 para o INCRA em Dourados, mas foi informado de que era "papel branco" e não servia para nada. [...] (Geraldo Luiz da Cunha, f. 147-9).

> [...] O depoente é sobrinho de Elói Arino Pereira, o qual vendeu aproximadamente nove alqueires para o Sr. Geraldo Luiz da Cunha, isso em 1992, salvo engano. Sabe que a propriedade era vinculada ao INCRA e que havia pagamentos anuais a este. Sabe que Geraldo fez alguns pagamentos das parcelas para a pessoa de Rose, ex-funcionária da prefeitura de Novo Horizonte do Sul, a qual já era falecida. A funcionária da prefeitura era encarregada de receber dos proprietários o valor das parcelas e pagá-las diretamente ao INCRA. Depois de Rose foi a acusada quem assumiu a responsabilidade em receber o valor das parcelas dos lotes e fazer os pagamentos no INCRA. Sabe que Geraldo pediu para a acusada o valor devido junto ao INCRA, tendo a informação de que era devido cento e setenta e um reais. Não viu Geraldo dando dinheiro para a acusada, mas segundo ele houve efetivamente a entrega do dinheiro. [...] (Orival Elias Pires, f. 150-1).

> [...] Esclarece que uma das condições para que comprasse o imóvel era de que Luiz quitasse a dívida junto ao INCRA. Assim, foi com ele até a prefeitura onde falaram com a acusada aqui presente, a qual informou que a dívida era de cento e noventa e três reais. Presenciou Luiz pagando o valor para a acusada, dando a ela em dinheiro a quantia de cento e noventa e três reais, sendo que a mesma emitiu um recibo exatamente aquele anexado por cópias às f. 25, mostrado nesta oportunidade. Após o pagamento feito por Luiz à acusada,

o declarante finalizou o negócio com ele, recebendo, para ter consigo, o recibo de f. 25. Segundo a acusada, o valor do recibo de cento e noventa e três reais era referente a quitação total da dívida junto ao INCRA, especificamente sobre dez parcelas. Não se recorda a data, mas ao tentar escriturar o imóvel foi informado pelo Cartório de Novo Horizonte do Sul que havia uma pendência de quatro mil e seiscentos reais junto ao INCRA. [...] (Valdemir de Oliveira, f. 152-3).

[...] Em 1999, como de costume, foi até a prefeitura e procurou a acusada que era responsável em receber o valor da parcela e emitir o recibo de pagamento junto ao INCRA. Se recorda que pagou a ela, em dinheiro, o valor de cento e quinze reais e oitenta e cinco centavos, recebendo em troca o recibo constante às f. 31 dos autos, mostrado ao declarante nesta oportunidade. Segundo a acusada, o recibo de quitação do INCRA seria repassado ao declarante aproximadamente três dias depois que deu o dinheiro a ela. Entretanto, apesar de diversas vezes ter procurado a acusada, não recebeu o recibo de quitação até hoje. Certa vez em que esteve a procura do recibo, a acusada solicitou via fax que o INCRA remetesse a conta do declarante, foi quando recebeu documentos constando que devia mais de cinco mil reais. Indagou a acusada a respeito, e ela disse que o pagamento havia sido feito. Até a presente data não acertou a conta com o INCRA, uma vez "que não tem condições". [...] (Claudemir Marchi, f. 154-5).

[...] Em 1998 ou 1999, o declarante pagou cento e quarenta e seis reais para quitar a dívida do lote junto ao INCRA, cujo valor, em dinheiro, entregou para a acusada aqui presente, a qual emitiu o recibo de f. 34, mostrado ao declarante nesta oportunidade. Procurou a acusada diversas vezes para que lhe desse o recibo autenticado pelo banco, mas ela sempre dizia que tal recibo estava numa pasta no INCRA em Dourados, entretanto, até a presente data não teve acesso a esse recibo. As parcelas que pagou anteriormente eram abaixo de vinte reais, e o valor entregue para a acusada se destinava a quitação total da dívida. Esclarece que há uns dois anos passados, o INCRA mandou para o Cartório de Novo Horizonte do Sul uma lista dos devedores proprietários dos lotes dados em assentamento, e entre o rol estava o declarante, segundo foi informado, não podendo precisar a quantia que era indicada como devida. Não foi atrás do INCRA para resolver a situação. Também não procurou a acusada porque ela não mais trabalhava na prefeitura. Esclarece que não sabe como está a situação do imóvel. Não sabe se era a própria acusada quem fazia os pagamentos no INCRA ou outra pessoa. Quando procurou a acusada não tinha parcelas atrasadas, e sua intenção era quitar a dívida. Entregou o dinheiro para a acusada apenas uma vez, isso visando a quitação da dívida como já mencionou. [...] (Antonio Melo da Silva, f. 156-7).

[...] Era costume os assentados pagarem as parcelas na prefeitura, através de funcionários que depois davam os recibos autenticados pelo Banco do Brasil. Não lembra a data, mas deu para a acusada, em dinheiro, a quantia de cento e vinte e seis reais e quarenta centavos, isso para quitar a dívida do lote junto ao INCRA. Na época, a acusada deu ao declarante um recibo, exatamente como consta do documento de f. 36, mostrado nesta oportunidade. Procurou a acusada para obter o recibo do pagamento, e a mesma disse que não haveria outro recibo, senão aquele que já tinha dado ao declarante. Procurou o INCRA em 2004, e apresentou o recibo de f. 36, sendo informado de que o pagamento correspondente não tinha sido feito e que o documento não servia para nada. Foi informado, ainda, que tinha uma dívida de aproximadamente sete mil reais em relação ao imóvel. Quando procurou a acusada estava com os pagamentos das parcelas em dia, e a intenção era a quitação total da dívida pendente. Tem os recibos dos pagamentos anteriores, sendo que as parcelas eram de quatro reais e pouco mais. Acreditava que o valor entregue para a acusada era suficiente para quitar a dívida com o INCRA, uma vez que havia documentos que foram mostrados ao declarante com aquele valor para a quitação. [...] (Roberto Melquiades, f. 158-9).

Outrossim, Edivaldo Estanislau Urbaneski (f. 176) e Wagnir Teles da Silva (f. 177), a quem a acusada informou que teria passado o dinheiro para que eles efetuassem o pagamento no Incra, declararam que nunca o fizeram, *in verbis*:

> [...] Não sabe detalhes maiores a respeito. Não efetuou pagamentos junto ao INCRA a pedido da acusada. Salvo engano, por uma única vez a acusada pediu ao depoente que levasse um envelope fechado para o INCRA em Dourados-MS, que foi entregue a uma mulher funcionária do INCRA a quem não recorda o nome. Não sabe o conteúdo daquele envelope, tampouco sabe pra que era. Salvo engano, o nome da funcionária era Sonia.
>
> [...] Pelo que sabe a acusada trabalhava num setor onde era responsável em arrecadar os valores devidos pelos proprietários rurais ao INCRA, não sabendo se ela mesma fazia os pagamentos. Quando entregou o envelope no INCRA não lhe foi informado se havia dinheiro ali ou não. Não sabe se a acusada aumentou seu patrimônio na época em que trabalhava na prefeitura. [...].
>
> [...] Nunca fez pagamentos junto ao INCRA a pedido da acusada, tampouco levou documentos para aquele Instituto. O depoente era Secretário Municipal de Finanças à época dos fatos. A acusada era servidora municipal designada para prestar serviços ao INCRA, isso em razão de um acerto da Prefeitura com aquele Instituto. Não sabe se a acusada tinha autorização para receber dos proprietários rurais as parcelas devidas ao INCRA. [...].

Percebe-se, ainda, que a negativa de autoria por parte da apelante restou isolada nos autos.

Para tanto, sirvo-me do seguinte julgado oriundo desta Corte:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – FURTO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS DESTINADOS À MERENDA ESCOLAR – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE – AUSÊNCIA DAS RAZÕES RECURSAIS – IRRELEVÂNCIA – RECURSO DE APELAÇÃO DEVOLVE TODA MATÉRIA AO TRIBUNAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 601, CPP – RECURSO IMPROVIDO. Não há falar em absolvição com base na negativa de autoria isolada nos autos, quando os demais elementos de prova, como depoimento prestado por guardas municipais, dão suporte a condenação do agente. (ACr n. 2009.013839-9, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 6.7.2009).

Diante do farto conjunto probatório, não há falar em absolvição. Nesse sentido, segue o julgamento:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO-FURTO – RECURSO DA DEFESA – REQUER ABSOLVIÇÃO – ALEGA FALTA DE PROVAS – IMPROCEDENTE – CONJUNTO PROBATÓRIO VASTO E CONVINCENTE – REQUER DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE – IMPROCEDENTE – PENA APLICADA CORRETAMENTE DE ACORDO COM O ART. 59 DO CP – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Não há falar em reforma da sentença penal condenatória para absolver o apelante quando o conjunto probatório é vasto e convincente. Também não há alterar a aplicação de pena quando esta foi feita de acordo com o art. 59 do Código Penal. (ACr n. 2008.035035-6, Primeira Turma Criminal, Relª. Desª. Marilza Lúcia Fortes, julgado em 20.1.2009, DJ de 25.2.2009).

Assim, não deve ser acolhido o pedido de absolvição formulado pela ré.

Outrossim, percebe-se que a conduta da apelante enquadra-se perfeitamente no delito descrito no art. 312 do Código Penal, já que ela se apropriou dos pagamentos de que tinha a posse em razão da função pública que exercia.

Sobre a conduta típica, Guilherme de Souza Nucci[1] ensina que:

> São duas as condutas típicas previstas no *caput* do artigo: a) apropriar-se, que significa tomar como propriedade sua ou apossar-se. É o que a doutrina chama de peculato-apropriação; b) desviar, que significa alterar o destino ou desencaminhar. É o que a doutrina classifica como peculato-desvio. [...].
>
> O sujeito ativo somente pode ser o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a entidade de direito público ou o particular prejudicado. [...]

Logo, não há falar em absolvição por atipicidade da conduta.

Melhor sorte não assiste à apelante ao pleitear a desclassificação para o crime de apropriação indébita.

É que, para efeitos penais, funcionário público é quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Para a caracterização, portanto, é desnecessária a permanência ou remuneração pelo Estado. Além de cargo ou emprego, a lei menciona função pública, com o que quis deixar claro que basta o simples exercício de uma função pública para caracterizar, para os efeitos penais, o funcionário público.

Assim, ainda que a pessoa não seja empregada nem tenha cargo no Estado, ela estará inclusa no conceito penal de funcionário público, desde que exerça, de algum modo, função pública.

Pelo o que se vê, restou comprovado que a apelante, em proveito do cargo que ocupava, apropriou-se de dinheiro público, de que tinha a posse, restando configurado o delito de peculato.

Ressalta-se, por fim, que é indiferente o fato de o objeto pertencer a um particular, visto que o *caput* do art. 312 é claro ao estatuir que o crime se aperfeiçoa com a apropriação *"[...] de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular[...]*".

No mesmo sentido é a jurisprudência: "*Para a realização do tipo do art. 312, caput, do CP, basta a posse da coisa em razão do cargo, ainda que a sua propriedade seja particular.*" (RT 520/519)

Assim, não há falar em desclassificação para o delito de apropriação indébita, devendo ser mantida a condenação do delito previsto no art. 312 do Código Penal.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Diante do exposto, com o parecer, conheço do recurso, porém lhe nego provimento.

1 **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 1041.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco Gerardo de Sousa, João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 17 de outubro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.014763-2 - Jardim
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – ETILÔMETRO – PRAZO DA VERIFICAÇÃO PERIÓDICA ANUAL PELO INMETRO VENCIDO – AUSÊNCIA DE EXAME VÁLIDO PARA A COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

I - A Resolução n. 206, de 20.10.2006, do Contran, em seu artigo 6º, inciso III, prevê que o medidor de alcoolemia ou etilômetro deve ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo Inmetro ou RBMLQ.

II - Vencido o prazo para a próxima certificação pelo Inmetro, no momento da utilização do conhecido 'bafômetro', não se mostra válida a respectiva prova da materialidade delitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 6 de outubro de 2011.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Moisés Luiz dos Santos interpõe o presente recurso de apelação criminal em face da r. sentença prolatada pelo douto Magistrado da 2ª Vara da Comarca de Jardim (f. 174-8), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso no art. 306 da Lei n. 9.503/97, à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicialmente aberto, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa e da suspensão do direito de dirigir veículo automotor pelo período de 6 (seis) meses. Ao final, substituiu a reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, à razão de 8 (oito) horas semanais, e em prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário-mínimo.

Em suas razões recursais (f. 185-90), o apelante requer, liminarmente, seja determinada a devolução de sua Carteira Nacional de Habilitação, pois já decorreu o prazo de 6 (seis) meses da suspensão do direito de dirigir fixado na sentença. No mérito, pugna por sua absolvição, aduzindo que a prova técnica realizada é deficiente e insuficiente para ensejar o édito condenatório, pois o medidor de alcoolemia estava com o prazo anual de recalibragem vencido, em desconformidade, portanto, com a Resolução n. 206/06 do Contran.

Em contrarrazões (f. 195-8), o Ministério Público Estadual propugna pelo conhecimento e improvimento do apelo, mantendo-se *in totum* a sentença objurgada. Ao final, prequestionou o artigo 306 da Lei n. 9.503/97.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 205-11), manifesta-se pelo improvimento do recurso interposto por Moisés Luiz dos Santos, mantendo-se incólume a r. sentença monocrática. Prequestiona, ao final, no caso de acolhimento da tese defensiva, a negativa de vigência ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

VOTO (EM 26.9.2011)

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

O Ministério Público Estadual ofertou denúncia contra Moisés Luiz dos Santos, tendo em vista a seguinte conduta delituosa, assim narrada na exordial acusatória (f. 2-4):

> [...] Infere-se dos presentes autos que, em 7 de setembro de 2.008, por volta da 21h e 40min, na Rodovia BR-060, km 586, no município de Guia Lopes da Laguna/MS, comarca de Jardim, o denunciado conduziu veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.
>
> Consta que o denunciado, após ter ingerido bebida alcoólica, conduziu o veículo automotor FORD, modelo F-4000, placas HRN 0779, pela Rodovia BR-060, fazendo-o de maneira anormal, qual seja, zigue-zague.
>
> Extrai-se que, os policiais rodoviários federais receberam telefonema de populares informando que o denunciado estava conduzindo o veículo acima descrito em condições anormais e, imediatamente, saíram à procura do mesmo.
>
> Denota-se que, ao encontrar o denunciado, constataram que ele exalava forte odor etílico e apresentava sinais de embriaguez, ocasião em que, os policiais rodoviários federais o encaminharam para o Posto da Polícia Rodoviária Federal.
>
> Depreende-se que, o denunciado fez exame de alcoolemia em aparelho de bafômetro e foi constatado que ele apresentava 0,79 mg/L de concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões, razão pela qual, ele foi preso em flagrante e encaminhado para a Delegacia de Polícia de Guia Lopes da Laguna/MS.
>
> [...]

O magistrado *a quo* prolatou sentença (f. 174-8), julgando procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, para condenar o apelante, como incurso no art. 306 da Lei n. 9.503/97, à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicialmente aberto, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa e da suspensão do direito de dirigir veículo automotor pelo período de 6 (seis) meses. Ao final, substituiu a reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, à razão de 8 (oito) horas semanais, e em prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário-mínimo.

Recalcitrante à sentença condenatória, o denunciado Moisés Luiz dos Santos interpôs o presente recurso de apelação criminal, por meio do qual requer, liminarmente, seja determinada a devolução de sua Carteira Nacional de Habilitação, pois já decorreu o prazo de 6 (seis) meses de suspensão do direito de dirigir fixado na sentença. No mérito, pugna por sua absolvição, aduzindo que a prova técnica realizada é

deficiente e insuficiente para ensejar o édito condenatório, pois o medidor de alcoolemia estava com o prazo anual de recalibragem vencido, em desconformidade, portanto, com a Resolução n. 206/06 do Contran.

Passo à análise do recurso.

Da liminar de devolução da CNH

Pleiteia o apelante, liminarmente, pela devolução da sua Carteira Nacional de Habilitação (CNH), visto que se encontra apreendida desde 9.9.2008, perfazendo, até então, período superior ao de suspensão do direito de dirigir fixado na sentença condenatória.

Como efeito, devo salientar que a questão suscitada restou prejudicada pelo provimento do mérito recursal, onde fora determinada a devolução da Carteira Nacional de Habilitação do apelante.

Do pleito absolutório por deficiência no teste de alcoolemia

No mérito, o apelante pugna por sua absolvição, aduzindo que a prova técnica realizada é deficiente e insuficiente para ensejar o édito condenatório, pois o aparelho de etilômetro estava com o prazo anual de recalibragem vencido, em desconformidade, portanto, com a Resolução n. 206/06 do Contran.

Inicialmente, vale registrar que o tipo penal em apreço foi alterado pela Lei n. 11.705/2008, a qual acabou por assim estabelecer a nova redação do art. 306 do CTB:

> Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
>
> Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (destaquei)

Nesse passo, verifica-se que a *"concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas"* passou a integrar a elementar do tipo penal de embriaguez ao volante, deve, portanto, restar indubitavelmente comprovada por meio do teste de alcoolemia, que deverá ser realizado com aparelho devidamente aprovado e inspecionado anualmente pelo Inmetro (Resolução n. 206/06 do Contran), ou através do exame de sangue emitido por médico legista.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que nos crimes de embriaguez ao volante, "*a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue, o que não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas*". (*HC* n. 166.377/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.6.2010).

Ainda acerca do tema, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, em comentário às reformas da Lei de Trânsito, relatam que:

> [...] a prova da embriaguez se faz por meio de exame de sangue ou bafômetro ou exame clínico. Contudo, é sabido que ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo. O sujeito não está obrigado a ceder seu corpo ou parte dele para fazer prova. Havendo recusa, resta o exame clínico (que é feito geralmente nos Institutos Médico-Legais). O motorista surpreendido, como se vê, pode recusar duas coisas: exames de sangue e bafômetro. [...]

> Deve-se observar, porém, o deslize do legislador. Explicamos. A concentração de álcool igual ou superior a 6 decigramas só pode ser constatada mediante exame de sangue ou bafômetro, expedientes que necessitam da autorização do motorista. Sabendo que o suspeito pode (atuando no seu direito constitucional) recusar produzir prova contra si mesmo, forçoso é concluir que as diligências suplementares (exame clínico ou mesmo prova testemunhal) são insuficientes para apurar o grau de álcool no sangue. Ausência absoluta de prova da elementar do tipo!. (GOMES, Luiz Flávio, et al. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: RT, 2008. p. 379) – destaquei.

Tendo em mente tal peculiaridade, chega-se à inarredável conclusão de que, *in casu*, a reforma da r. sentença singular é medida que se impõe, pois não há provas seguras acerca da materialidade do delito em apreço, já que a suposta concentração de álcool no sangue do apelante fora constatada por aparelho não verificado e inspecionado no prazo determinado pelo art. 6°, inciso III, da Resolução n. 206 do Contran, que dispõe:

> Art. 6º. O medidor de alcoolemia – etilômetro - deve observar os seguintes requisitos:
>
> I – ter seu modelo aprovado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, atendendo a legislação metrológica em vigor e aos requisitos estabelecidos nesta Resolução;
>
> II – ser aprovado na verificação metrológica inicial realizada pelo INMETRO ou órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ;
>
> III - ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ;
>
> IV - ser aprovado em inspeção em serviço ou eventual, conforme determina a legislação metrológica vigente. (destaquei)

Trata-se, portanto, de uma condição de utilização do medidor de alcoolemia, segundo reza o art. 7º da mesma Resolução. Significa dizer que, ausente o requisito de aprovação periódica anual, o exame de teor alcoólico alveolar nos pulmões não possui a credibilidade exigida em lei.

In casu, verifica-se que o aparelho de etilômetro utilizado para a aferição da concentração de álcool não fora devidamente inspecionado pela autoridade competente no prazo legal, já que a última calibração se deu no dia 24.1.2007, e o teste do apelante fora realizado em 7.9.2008 (f. 22), ou seja, 1 (um) ano e 8 (oito) meses após a data mencionada, em flagrante desrespeito ao prazo previsto na Resolução 206 do Contran, o que retira a confiabilidade da aferição realizada pelo equipamento.

Nesta seara, a jurisprudência é clara:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ABSOLVIÇÃO – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA A CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ETILÔMETRO – VERIFICAÇÃO PERIÓDICA ANUAL PELO INMETRO – PRAZO VENCIDO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.
>
> A Resolução n. 206, de 20.10.2006, do CONTRAN, em seu artigo 6º, inciso III, prevê que o medidor de alcoolemia ou etilômetro deve ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ.

> Vencido o prazo para a próxima certificação pelo INMETRO, no momento da utilização do conhecido 'bafômetro', não se mostra válida a respectiva prova da materialidade delitiva. (TJMS, ACr n. 2010.037394-2, Rio Brilhante, Primeira Turma Criminal, Rel. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, em substituição legal, julgado em 6.6.2011).
>
> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - ETILÔMETRO - VERIFICAÇÃO PERIÓDICA ANUAL PELO INMETRO - PRAZO VENCIDO - ABSOLVIÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA QUE NÃO PODE SER SUPRIDA PELA COMPROVAÇÃO INDIRETA. - A Resolução n. 206, de 20.10.2006, do CONTRAN, em seu artigo 6º, inciso III, prevê que o medidor de alcoolemia ou etilômetro deve ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ. Vencido o prazo para a próxima certificação pelo INMETRO, no momento da utilização do conhecido 'bafômetro', não se mostra válida a respectiva prova da materialidade delitiva. - Com a nova redação do dispositivo legal, para que se configure o delito previsto no artigo 306 do CTB, não basta simplesmente a prova da embriaguez ao volante e da exposição de terceiros a dano potencial, passando-se a exigir, como figura elementar do tipo, que o condutor do veículo automotor transite em via pública com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. Inexistindo prova nesse sentido a absolvição do réu se impõe. (TJMG,- ACr n. 1.0433.08.256060-1/001, Comarca de Montes Carlos, Segunda Câmara Criminal, Relª. Desª. Beatriz Pinheiro Caires, DJ de 28.9.2010).
>
> EMENTA. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306, DO CTB). ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. A ausência do requisito legal da aprovação periódica pelo INMETRO ou RBMLQ, retira a credibilidade do exame de alcoolemia realizado com etilômetro conforme o disposto na Resolução n. 206/2006 do CONTRAN. Inidoneidade do exame juntado para fins de prova da materialidade do delito. Absolvição sumária mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME (TJRS, ACr n. 70034723361, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Odone Sanguiné, julgado em 2.9.2010).

Assim, inexistindo exame válido nos autos para demonstrar a concentração de álcool no sangue do denunciado, não resta outra solução ao presente caso senão a reforma da sentença condenatória, visto que é absolutamente inviável a condenação do apelante pelo cometimento do crime tipificado no art. 306 do CTB por ausência de prova essencial da materialidade do delito.

Por tais considerações, a absolvição do apelante é medida que se impõe.

Dos pronunciamentos finais

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que o tema foi integralmente apreciado, sendo prescindível a indicação pormenorizada das normas legais, em razão de a matéria ter sido amplamente debatida.

Diante de todo o exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso interposto, para absolver o apelante Moisés Luiz dos Santos da prática do crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Comunique-se imediatamente a autoridade de Trânsito para, se por outro motivo não estiver apreendida, proceder à devolução da Carteira Nacional de Habilitação do condutor.

A Srª Desª Marilza Lúcia Fortes (1ª Vogal)

De acordo com o Relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 2º VOGAL (DES. DORIVAL), APÓS O RELATOR E A 1ª VOGAL DAREM PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 6.10.2011)

O Sr. Des.Dorival Moreira dos Santos (2º Vogal)

Ouso divergir do e. Relator, pois entendo que a sentença que condenou o réu pela prática do crime previsto no art. 306 do Código Brasileiro de Trânsito, deve ser mantida.

Embora o aparelho "bafômetro" que se utilizou não tenha sido submetido à verificação e inspeção no prazo determinado pela Resolução n. 206 do Contran, conforme venho decidindo, entendo possível a aferição do estado de embriaguez por outros meios de prova, dentre eles, a testemunhal.

A meu ver a prova técnica não é a única capaz de demonstrar o estado de embriaguez do agente que nem sequer é obrigado a realizar o teste de alcoolemia. A respeito, ensina o doutrinador NEI PIRES MITIDIERO:

> A propósito, outrossim, da obrigatoriedade de submissão aos exames e testes para verificação da alcoolemia ou do uso de substâncias entorpecentes, tóxicas ou de efeitos símiles, assim nos manifestamos, no n. 438, item n. 12, do comentário ao art. 165:
>
> A configuração do tipo infracional legal pressupõe, tratando-se da ingestão de álcool, a constatação, mediante hábil exame de sangue, da existência dele, álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, aspecto que cria, para nós, **uma barreira invencível à imposição de eventual negativa do condutor em ceder o seu sangue,** este será examinado pelos peritos dos quadros da Administração Pública (ou particulares, acaso juridicamente possam atuar). De efeito, a inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º, *caput*, CF), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a regra que diz que ninguém será submetido [...] a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF), o princípio do devido processo legal (art. 5º LIV, CF), em suas águas, o princípio do ônus da prova em matéria penal (aqui induvidosamente aplicável), pelo qual a prova da influência do álcool ou de outras drogas cabe ao ente executivo de trânsito (art. 156, CPP), ainda, nas mesmas águas, o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, CF) etc., **todos esses degraus jurídicos afastam, sumariamente, a pretensão do Estado de obrigar o ser humano a submeter-se à extração de seu sangue**. (**Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**: Direito de Trânsito e Direito Administrativo de Trânsito, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1313-4)

Ora, existem outros meios de prova capazes de confirmar a embriaguez, como o "*exame clínico feito por médico, que atesta ou não o estado de embriaguez, verificando o comportamento do sujeito através de sua fala, seu equilíbrio, seus reflexos, etc. Na falta desses exames, a jurisprudência tem admitido a prova testemunhal."* (CAPEZ, Fernando; GONÇALVEZ, Victor Eduardo Rios. **Aspectos criminais do Código de Trânsito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 45).

Ressalte-se que art. 167 do Código de Processo Penal permite que a prova testemunhal supra a inexistência de prova pericial, vigendo em nosso ordenamento o princípio do livre convencimento motivado, o qual confere ao julgador ampla liberdade na valoração da prova. Tanto é assim que o magistrado nem sequer se encontra vinculado a laudo pericial (art. 182 do CPP). É evidente que a intenção do legislador, com a edição da Lei n. 11.705/2008, foi impor maior rigor no combate à embriaguez ao volante, não havendo sentido em obstar-se a prova testemunhal como suficiente a demonstrar o estado etílico.

No caso em exame, mesmo que desconsiderando a prova técnica realizada, existem outras capazes de demonstrar a embriaguez do paciente, como a confirmação pelo próprio acusado de que havia ingerido bebidas alcoólicas (f. 142), da testemunha Francisco Soares da Silva, que declarou que ele havia bebido (f. 102); das testemunhas Kleryson Soares Loureiro e Jadir Tomi, policiais militares, que disseram ter recebido denúncia de que o acusado estava dirigindo em ziguezague e que estava com sinais de embriaguez (f. 99-100).

O entendimento de que a embriaguez ao volante pode ser demonstrada através de outras provas que não a técnica (etilômetro ou exame de sangue) apoia-se na melhor jurisprudência pátria:

> APELAÇÃO-CRIME. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. EMBRIAGUEZ. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. NÃO-ACOLHIMENTO. Para a comprovação da alcoolemia é prescindível a realização de exame sanguíneo e de bafômetro desde que os demais elementos de prova a evidenciem à saciedade. No caso, conquanto negada a embriaguez pelo apelante, a admissão de ingestão de álcool momentos antes do acidente por sua parte, aliado aos depoimentos harmônicos dos policiais que diligenciaram a ocorrência, evidenciam à saciedade, que ele dirigia em via pública, sob influência de álcool, expondo a incolumidade pública a perigo, ocasionando, inclusive, acidente automobilístico. SURSIS. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PREFERÊNCIA. Sendo cabível e indicada a substituição da pena privativa de liberdade, sua aplicação prefere à suspensão condicional da reprimenda. À unanimidade, negaram provimento ao apelo. (TJRS, ACr n. 70009041021. Lajeado, Oitava Câmara Criminal, Rel. Des. Roque Miguel Fank, julgado em 4.8.2004).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PROVA. 1) Caracteriza crime de trânsito e não infração administrativa, o fato do agente dirigir em via pública, desrespeitando norma de trânsito e gerando perigo de dano a incolumidade pública. 2) quem em estado etílico conduz veículo em via pública, infringe as normas penais do código de trânsito. 3) se a prova testemunhal e apta a informar o estado de embriaguez do réu, a falta de realização de teste com bafômetro resulta em mera formalidade administrativa, não produzindo qualquer vício na esfera penal. 4) apelo improvido. (TJGO, ACr n. 23458-0/213, Proc.200201711529, Goiânia, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Paulo Teles, julgado em 27.2.2003, DJ de 20.3.2003).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE PUNIÇÃO DE TRÂNSITO. SUSPENSÃO DA CARTEIRA DE HABILITAÇÃO POR 4 MESES E DEVER DE FREQÜENTAR CURSOS DE RECICLAGEM E MULTA. ABUSIVIDADE E ILEGALIDADE AFASTADAS. DIREÇÃO EM VISÍVEL ESTADO DE EMBRIAGUEZ. NEGATIVA DE SUBMISSÃO AO TESTE DO BAFÔMETRO. DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS QUE ATENDERAM A OCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM*. PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. HONORÁRIOS FIXADOS ADEQUADAMENTE. RECURSO DESPROVIDO. O exame de dosagem alcóolica no sangue é precioso elemento de prova da infração prevista no art. 62 da LCP. Entretanto, não constitui o único modo de demonstrar o grau de embriaguez, que pode ser positivado por meio de testemunhas. (*in* RT 248/406). Os depoimentos de policiais militares que, devidamente compromissados, narraram em juízo as circunstâncias do flagrante têm valor probatório suficiente para condenação. (TJSC, ACr n. 2000.020850-7, Tubarão, Terceira Câmara de Direito Público, Rel. Des. Anselmo Cerello, julgado em 23.6.2003).

Esta Primeira Turma Criminal, recentemente, pronunciou-se pela possibilidade de se provar a embriaguez por outro meio distinto do teste do "bafômetro":

> APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – RECUSA EM REALIZAR O TESTE DO **BAFÔMETRO** – COMPROVAÇÃO DA EMBRIAGUEZ POR MEIO DE OUTRAS PROVAS – DESACATO – PROVA TESTEMUNHAL –

CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE REDIMENSIONADA PARA O MÍNIMO LEGAL – INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO – SÚMULA N. 444 DO STJ – REGIME INICIAL ABERTO – CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O delito de embriaguez ao volante, na ausência do teste do **bafômetro**, por recusa do acusado, **pode ser comprovado por meio de outras que atestem o ilícito penal, especialmente a testemunhal.**

Desacato comprovado por meio de prova testemunhal corroborada pelas demais; testemunhos dos policiais – vítimas do desacato – são válidos para embasar a condenação.

Pena-base redimensionada para o mínimo legal, vez que nenhuma das circunstâncias do art. 59 do Código Penal pode ser considerada desfavorável ao réu. Afasta-se os maus antecedentes porque inexiste condenação anterior com trânsito em julgado – incidência da Súmula n. 444 do STJ. Regime inicial aberto. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. (TJMS, ACr n. 2011.018484-3, Bataguassu, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, julgado em 19.9.2011).

Posto isso, com o parecer, divirjo do e. Relator para manter a condenação pelo crime previsto no art. 306 do CTB, uma vez que, mesmo que desconsiderando o teste do bafômetro realizado no acusado, há outras provas aptas a demonstrar seu estado etílico.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 2º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Desembargadores Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 6 de outubro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.030241-0 - Campo Grande
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA CIRCUNSTANCIADA – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO – NÃO ACOLHIMENTO – *ÂNIMO REM SIBI HABENDI* CARACTERIZADO – INDUVIDOSO ASSENHORAMENTO DA COISA – NÃO RESTITUIÇÃO DO BEM À VÍTIMA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RETIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA *EX OFFICIO* – MODULADORA DA CULPABILIDADE MAL SOPESADA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA – INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR – AGRAVANTE DECOTADA – PENA REDUZIDA – OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA – TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL ENTRE O COMETIMENTO DO DELITO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OPERADA – RECURSO IMPROVIDO E DE OFÍCIO RETIFICADA A DOSIMETRIA DA PENA COM A CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA PUNBILIDADE.

I – Inferindo-se de todo o conjunto probatório que o réu, na qualidade de advogado, detinha procuração assinada pelas vítimas que o possibilitava levantar valores referentes a determinado prêmio de seguro, assim logrando êxito em conseguir, mas que, porém, após obter licitamente a posse, assenhorou-se da coisa e não restituiu o que de direito aos representados, resta plenamente caracterizado o delito de apropriação indébita circunstanciada (art. 168, § 1º, III, do Código Penal).

II – A valoração negativa da culpabilidade não se mostra idônea, pois a alusão lacônica ao agir do réu, por si só, não demonstra a intensidade do dolo que enseja o recrudescimento da resposta penal.

III – Nos termos do art. 64 do Código Penal, somente se caracteriza a reincidência "*quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que [...] o tenha condenado por crime anterior",* circunstância não verificada *in casu*, porquanto a folha de antecedentes existente nos autos apenas atesta a existência de condenação definitiva posterior ao cometimento do delito em apreço.

IV – Constatado o transcurso do prazo prescricional entre os marcos estabelecidos nos art. 111 c.c. art. 117, ambos do Código Penal, é de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa, extinguindo-se a punibilidade do agente.

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, com o parecer, negar provimento ao recurso e, de ofício, retificar a dosimetria da pena com a consequente extinção da punibilidade do apelante.

Campo Grande, 28 de novembro de 2011.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Rudimar Zachert interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença proferida pelo douto Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Campo Grande nos autos de Ação Penal n. 001.05.038944-1, que o condenou como incurso no art. 168, § 1º, III, do Código Penal.

Nas razões, aduz, em breve síntese, que o édito condenatório não encontra amparo nas provas colhidas nos autos, porquanto durante a instrução não restou evidenciado que o apelante dolosamente se apropriou de valores pertencentes às vítimas, senão apenas que houve protelação do pagamento em função de dificuldades financeiras alheias à vontade do acusado, pugnando, nesses termos, pela absolvição (f. 428-35).

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual requer o improvimento do apelo (f. 474-8).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo não provimento do recurso, mantendo-se *in totum* a sentença atacada (f. 486-90).

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

O apelante foi processado e ao final condenado pela seguinte prática delituosa narrada na r. sentença condenatória (f. 2-4):

> [...] no dia 10 de setembro de 1998, nesta cidade, os denunciados, na condição de advogados, apropriaram-se indevidamente do dinheiro proveniente do seguro DPVAT, pertencente às vítimas Geraldo Alves e Diomar do Nascimento Alves.
>
> Consta que, no dia 14 de dezembro de 1993, na cidade de Dois Irmãos do Buriti/MS, o filho das vítimas, Gilmar do Nascimento Alves, sofreu um acidente de trânsito, vindo a falecer.
>
> Logo após o fato, o denunciado Rui procurou os pais do acidentado, apresentando-se como advogado e propondo-se a pleitear os direitos dos familiares junto ao seguro DPVAT, tendo as vítimas assinado alguns papéis, dentre os quais uma procuração outorgando poderes ao denunciado Rudimar, que é advogado.
>
> Passado um tempo sem qualquer notícia da indenização do seguro, as vítimas contrataram outro advogado para verificar o que havia ocorrido, vindo a descobrir que o valor da indenização foi entregue ao denunciado Rudimar, o qual, fazendo uso da procuração outorgada por elas, recebeu o valor integral do seguro, sem repassar-lhes nenhuma quantia.
>
> Para tanto, os denunciados Rui e Rudimar, em conluio, conseguiram reconhecer a assinatura das vítimas no cartório do distrito de Indápolis, município de Dourados/MS, pertencente ao tabelião Mário Pereira Leite, que reconheceu como firma verdadeira as assinaturas das vítimas na procuração, sem que Geraldo e Diomar tivessem cartão de assinatura no referido cartório, tampouco algum dia tenha comparecido naquele local. [...].

Conforme relatado, o apelante aduz, em breve síntese, que o édito condenatório não encontra amparo nas provas colhidas nos autos, porquanto durante a instrução não restou evidenciado que dolosamente

houve apropriação de valores pertencentes às vítimas, senão apenas a protelação do pagamento em função de dificuldades financeiras, pugnando, nesses termos, pela absolvição.

Passo a analisar o recurso.

Em que pese a argumentação lançada pela Defesa, o recurso não comporta provimento, uma vez que as provas se mostram suficientes para caracterização do delito de apropriação indébita circunstanciada.

Com efeito, infere-se dos autos que o apelante detinha procuração assinada pelas vítimas (f. 18), de modo a possibilitar que levantasse valores referentes ao seguro DPVAT de sinistro ocorrido com um filho, o que de fato logrou êxito em conseguir, conforme documentos de f. 19-20.

Nesse sentido, é o depoimento das vítimas:

> [...] que confirma que foi procurada pelo Sr. Rui Tochiaqui Massuda, que se apresentou como representante de um advogado que a depoente não sabe declinar o nome; que dentre os documentos que assinou havia a promessa de que o advogado a ser contactado pelo Sr. Rui, se responsabilizaria pelo ajuizamento de ação indenizatória em desfavor da empresa Andorinha, cujo veículo foi o causador do acidente fatal que vitimou o seu filho, além desses documentos a depoente confirma que assinou outro documento com vistas ao recebimento do seguro da moto que estava envolvida no acidente; que confirma que recebeu a indenização referente ao acidente da empresa Andorinha; a depoente confirma as declarações de f. 4-5, prestadas na fase policial, que só tomou conhecimento a cerca do recebimento do seguro DPVAT através das informações prestadas pelo advogado João Coraldino, que nunca esteve na cidade de Indápolis/MS e não possui firma aberta no cartório daquela referida cidade [...]; que a depoente afirma que foi feito um acordo perante o Juiz, onde ficou acertado que o Sr. Rudimar se comprometeria a pagar o valor corrigido em parcelas, sendo que o valor alcançava R$ 19.000,00 (dezenove mil reais), há cerca de mais de 1 (um) ano, Setembro 2005; que a depoente nunca recebeu nenhum valor, referente ao valor acima mencionado, e que não tomou mais providências por falta de condições [...]. – Diomar do Nascimento Alves, às f. 339-40.

> [...] o depoente afirma que o Sr. Rudimar confirmou que recebeu o valor referente ao DPVAT, sendo que teria recebido o valor de R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) [...] – Geraldo Alves, à f. 341.

Não obstante a obrigação em repassar os valores devidos aos representados/vítimas, o apelante claramente se apossou do numerário, conforme informou em seu interrogatório (f. 292-3):

> [...] o interrogando apenas recebeu os valores da FENASEG; que na época dos fatos, mais precisamente quando houve o pagamento do seguro o interrogando estava trabalhando com lavoura na cidade de Campos Novos do Parecis-MT, e vinha a esta cidade a cada 30 ou 40 dias e como as vítimas morassem em dois irmãos do Buriti-MS, se desajeitou o encontro com eles e depois o tempo foi passando e o interrogando realmente não pagou as vítimas o valor do seguro [...].

No caso em apreço, como se vê, resta nítido o *ânimo rem sibi habendi*, pois, ainda que o apelante fosse conhecedor do local onde as vítimas poderiam ser encontradas (detinha uma procuração e ainda tinha conhecimento de que eles residiam em Dois Irmãos do Buriti-MS), quedou-se inerte, de modo a se assenhorar do dinheiro.

O simples fato de não ocorrer o repasse dos valores devidos às vítimas "*em função de dificuldades supervenientes*", como alega a Defesa, por si só, é o bastante para demonstrar que, após obter licitamente a posse do bem, o apelante passou a comportar-se como se o dinheiro fosse seu, consumando-se indiscutivelmente o delito em apreço.

Deve ser ainda destacado que não há qualquer fator a indicar que o apelante possuía eventual direito de retenção em face do bem apropriado, razão pela qual a não restituição afigura-se de toda injustificada.

Impende ressaltar, por derradeiro, que, embora tenha sido intentada posterior ação de cobrança (na qual as vítimas não reouveram o que lhes era de direito), a reparação do dano ou a restituição da coisa, após a consumação do crime de apropriação, em nada afeta a tipicidade, como há muito é cediço. A esse respeito, calha trazer a colação do escólio de Cleber Masson[1], *in verbis*:

> [...] A reparação do dano ou restituição da coisa, após a consumação da apropriação indébita, não afasta a tipicidade do fato. É a posição dominante no Superior Tribunal de Justiça: 'Consumado o delito de apropriação indébita, o ressarcimento posterior servirá, se for o caso, de causa de diminuição da pena. Precedentes do STJ'.
>
> Em suma, subsiste o crime com a reparação do dano ou restituição da coisa efetuada posteriormente à consumação da apropriação indébita. Será possível, contudo, a diminuição da pena em face da incidência do instituto do arrependimento posterior, desde que presentes os demais requisitos exigidos pelo art. 16 do Código Penal. [...].

Logo, resta plenamente caracterizado o delito de apropriação indébita circunstanciada, não havendo falar em absolvição por ausência de comprovação do dolo.

Embora não tenha sido objeto de impugnação nas razões do presente recurso, observo que a dosimetria da pena deve *ex officio* sofrer retificação.

Primeiramente, no que diz respeito à fixação da pena-base, observo que a culpabilidade foi considerada em grau razoável em face da "*atuação [do apelante] na prática delituosa*".

O fundamento declinado, a toda a evidência, não pode autorizar a exasperação da pena, pois a lacônica alusão ao agir não demonstra o grau de reprovação da conduta gradualmente destacado que enseja o recrudescimento da resposta penal.

Em caso análogo, o e. Superior Tribunal de Justiça já se posicionou:

> [...] 1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo. Entretanto, a valoração negativa de elementares do tipo penal configura constrangimento ilegal. 2. Na hipótese, do modo como foi valorada, a culpabilidade não autoriza a exasperação da sanção. Isso porque não tivesse a paciente "efetiva consciência do caráter ilícito do fato" seria ela considerada inimputável. [...] (*HC* n. 136470/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 30.6.2010).

Na 2ª fase da aplicação da pena, foi considerada a agravante da reincidência, contudo referida majorante não restou caracterizada nos autos. Explico.

Na folha de antecedentes acostada às f. 204-7, constam diversas incidências criminais, porém somente uma com registro de condenação definitiva, esta referente ao crime de estelionato praticado em 5.12.1997 em Rio Brilhante, cuja sentença condenatória transitou em julgado na data de 29.3.2005.

1 **Direito Penal Esquematizado:** parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense e São Paulo: Método, 2011. p. 501.

Como é cediço, caracteriza-se a reincidência "*quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que [...] o tenha condenado por crime anterior*".

O delito retratado nestes autos foi cometido em 10.9.1998, portanto em data muito anterior ao trânsito em julgado do feito acima mencionado.

Dessa forma, a agravante da reincidência deve ser arredada da dosimetria, uma vez que não atendida a forma do art. 64 do Código Penal.

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Afastada a fundamentação utilizada para considerar desabonadora a moduladora da culpabilidade, e mantida a valoração das demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.

Decotada a agravante da reincidência, resta na 2ª fase da dosimetria a atenuante da confissão espontânea, que aplico em 2 meses e 20 dias-multa, de modo a conduzir a reprimenda para 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

Incidente a causa de aumento do inc. III do § 1º do art. 168 do Código Penal no patamar de 1/3 (um terço), fixo definitivamente a pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 1/4 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, tal qual estabelecido originariamente.

Outrossim, em face da redução da pena, observo a ocorrência de causa de extinção da punibilidade em face da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Vejamos.

O parâmetro para a aferição do prazo prescricional é de 1 ano e 8 meses de reclusão, porquanto se trata da modalidade punitiva retroativa, a qual se utiliza da pena aplicada na sentença condenatória.

Diante das considerações supra e conforme preceitua o inciso V do artigo 109, o prazo prescricional corresponde ao *quantum* de 4 anos.

Assim, visto que o delito ocorreu em 10.9.1998, o *dies ad quem* em face do prazo prescricional obtido (4 anos) equivale à data de 9.9.2002.

Portanto, considerando que a próxima causa interruptiva (recebimento da denúncia) ocorreu somente em 30.9.2005 (f. 181), portanto após o transcurso de mais de 5 anos, resta patente a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Nestes termos, de rigor a extinção da punibilidade.

Destarte, ante o exposto, com o parecer nego provimento ao recurso, mas, de ofício, reduzo a pena e declaro extinta a punibilidade da apelante Rudimar Zachert em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, o que faço com fundamento no art. 107, IV, c.c. art. 109, V, todos do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, RETIFICARAM A DOSIMETRIA DA PENA COM A CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APELANTE.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Desembargadores João Carlos Brandes Garcia e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 28 de novembro de 2011.

***

Seção Criminal
Revisão Criminal n. 2011.004477-6 - Campo Grande
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – PRELIMINAR DE NÃO-C0NHECIMENTO AFASTADA – MÉRITO – CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – NOVA LEI N. 12.015/2009 – FUSÃO DOS DOIS CRIMES NUM SÓ – BENEFÍCIO APLICÁVEL DE FORMA RETROATIVA – REDUÇÃO DA PENA – REVISÃO DEFERIDA.

Há de ser conhecida a revisão criminal ante a urgência de se aplicar direito subjetivo do condenado, em virtude da verificação de nova lei alterando a gravidade da pena aplicada.

Com a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, restou superado o debate acerca da possibilidade ou impossibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, pois este diploma legal abarcou em um único tipo penal (art. 213, CP) ambas as condutas. Em se tratando de lei posterior que traz disposição benéfica ao agente no caso concreto (*novatio legis in mellius*), é imperiosa a sua aplicação retroativa.

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, deferir a revisão, nos termos do voto do relator, contra o parecer. Absteve-se de votar, por ausência no início do julgamento, o Des. Dorival.

Campo Grande, 25 de outubro de 2011.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de Revisão Criminal requerida por Waldir Rodrigues de Carvalho, condenado à pena de 12 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, pela prática dos crimes tipificados nos art. 213 e art. 214, ambos do Código Penal, com sentença transitada em julgado.

Pleiteia, em síntese, a aplicação da nova Lei n. 12.015/2009, em face do seu caráter mais benéfico, pela causa de fusão entre os artigos 213 e 214 do Código Penal, com supressão do concurso material e reconhecimento de crime único ou ainda que seja aplicada a continuidade delitiva.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não conhecimento da ação revisional e, no mérito, pelo seu indeferimento.

VOTO (EM 13.9.2011)

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Conforme relatado, Waldir Rodrigues de Carvalho, condenado à pena de 12 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, pela prática dos crimes tipificados nos art. 213 e 214, ambos do Código Penal, pleiteia a aplicação da nova Lei n. 12.015/2009, em face do seu caráter mais benéfico, pela causa de fusão entre os artigos 213 e 214 do Código Penal, com supressão do concurso material e reconhecimento de crime único ou, ainda, que seja aplicada a continuidade delitiva.

A Procuradoria-Geral de Justiça sustenta que a ação não pode ser conhecida por falta de atendimento aos requisitos expressos no artigo 621 do Código de Processo Penal, visto que o dispositivo em que o requerente fundamentou o pedido (artigo 621, inciso III, do Código de Processo Penal – circunstância que determine ou autorize a diminuição da pena), não ampara sua pretensão.

Todavia, o que o requerente pleiteia é apenas o benefício que lhe foi garantido pela nova Lei que regula os crimes por ele praticados, cuja realidade atual tem efeito retroativo, por se tratar de um direito resguardado pela *novatio legis in mellius***,** considerando que hoje não existe mais o concurso material entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Aplica-se, aqui a regra do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal que dispõe: ***"A lei pena não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".*** No mesmo sentido o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal: ***"A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".***

Destarte, não há razão nenhuma para não atender ao pleito do autor, com a invocação de uma formalidade, deixando que espere a elaboração de outro pedido, o que se configura um atraso na prestação jurisdicional, já que a oportunidade permite que o direito pleiteado seja reconhecido.

Assim, rejeito a preliminar de não conhecimento arguida pela Procuradoria-Geral de Justiça.

Com as recentes alterações no Código Penal, trazidas pela Lei n. 12.015/2009, no capítulo referente aos crimes contra a liberdade sexual, passando o art. 213 a absorver a conjunção carnal e o ato libidinoso diverso, revogando o art. 214, ambas as condutas passaram a ser descritas no mesmo artigo, *in verbis*:

> Estupro de vulnerável
>
> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
>
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
>
> § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.
>
> § 2º (VETADO)
>
> § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:
>
> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
>
> § 4º Se da conduta resulta morte:
>
> Pena: reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Assim, agora o estupro passa a ser considerado um tipo "misto alternativo", ou seja, para caracterizá-lo basta que o agente pratique uma das condutas estampadas na norma.

Desta feita, percebe-se que, realizado pelo agente ambas as ações previstas na norma, em uma mesma circunstância fática, contra a mesma vítima, haverá somente uma transgressão e, não mais, concurso material entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, conforme ocorria anteriormente antes da alteração mencionada.

Nesses casos, haverá um único estupro, exatamente da mesma forma como acontece em outros tipos mistos alternativos, a exemplo do tráfico de entorpecentes. Aliás, a unificação em tipo misto alternativo põe fim à discussão se existe concurso material entre atentado violento ao pudor e estupro, não havendo mais falar na aplicação do instituto, porque ele traduz a ideia de existência de várias infrações, quando atualmente temos uma.

Observa-se que, apesar de a lei ter sido modificada, prevendo, de um modo geral, sanções maiores, no específico caso do concurso material se verifica abrandamento, sendo aplicável o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, a teor do art. 5º, XL, CF e art. 2º, parágrafo único, do CP.

Assim, no caso de existirem duas figuras típicas, mesmo não ocorrendo descriminalização, não existindo mais o concurso material, deve-se aplicar a lei nova mais benéfica. Desse modo, todos os que forem condenados por estupro e atentado violento ao pudor, em concurso material, antes da vigência da lei, em uma mesma circunstância fática, poderão requerer a aplicação da lei mais branda.

Essa é a solução também adotada por ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF E DO STJ. ALTERAÇÃO DOS ART. 213 E 214 DO CÓDIGO PENAL, NOS TERMOS DA LEI N. 12.015/2009. PEDIDO DE IMEDIATA APLICAÇÃO RETROATIVA DE EVENTUAL LEI PENAL MAIS BENÉFICA. MATÉRIA QUE NÃO FOI APRECIADA PELAS INSTÂNCIAS JUDICANTES COMPETENTES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. SÚMULA N. 611 DO STF. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A decisão impugnada assentou a ocorrência de concurso material entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, nos termos da reiterada jurisprudência do STF. 2. Na concreta situação dos autos, o tema da aplicação retroativa de eventuais efeitos benéficos da Lei n. 12.015/09 não foi submetido a exame das instâncias judicantes de origem. É dizer: o pedido veiculado neste *habeas corpus* não foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça nem pelo Tribunal de Justiça de Justiça do São Paulo. Tribunais que apenas discutiram a possibilidade, ou não, de continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, com base na interpretação conferida à redação originária dos art. 213 e 214 do Código Penal. Assim, a imediata apreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal acarretaria uma indevida supressão de instâncias. Precedentes. 3. Isso não obstante, nada impede que o Juízo das Execuções Criminais examine a concreta situação dos autos para, se for o caso, estender ao paciente eventual efeito benéfico da Lei n. 12.015/2009, na parte em que foi alterada a redação do art. 213 do Código Penal. Tal como autorizado pela Súmula n. 611 do STF. 4. *Habeas corpus* não conhecido; porém concedida a ordem de ofício para determinar que o Juízo das Execuções Criminais examine, como entender de direito, eventual aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009 ao caso dos autos. (*HC* n. 102355/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 4.5.2010).

> EMENTA. *Habeas corpus*. 2. Estupro e atentado violento ao pudor. Superveniência da Lei n. 12.015/2009. Retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL). Continuidade delitiva. Possibilidade. 3. Ordem concedida de ofício. (*HC* n. 102199/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 31.8.2010).

Assim, em razão do reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes praticados pelo agente (afastando-se, portanto, o concurso material), entendo como mais adequada nessas circunstâncias a incidência da fração de 1/6 (art. 71, *caput,* do Código Penal), em face da unidade do fato.

A pena resta definitiva, então, em 7 (sete) anos reclusão, visto que a pena-base dos delitos foi fixada no mínimo legal – seis anos de reclusão – não tendo incidido sobre ela nenhuma agravante, atenuante, bem como causas de aumento ou diminuição de pena (f. 110-1).

Segue mantida a sentença no restante.

Posto isso, rejeitada a preliminar, defiro o pedido revisional, a fim de aplicar a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor na forma do art. 71, *caput,* do Código Penal, resultando na pena de sete anos de reclusão, no regime fechado.

A Sr. Des.ª Marilza Lúcia Fortes (Revisora)

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1º Vogal)

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (4º Vogal)

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (5º Vogal)

De acordo com o voto do Relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DES. CONTAR, APÓS O RELATOR, A REVISORA E OS DES. ROMERO, MANOEL E FRANCISCO DEFERIREM O PEDIDO REVISIONAL. O DES. CLAUDIONOR AGUARDA. EM FÉRIAS O DES. DORIVAL.

VOTO (EM 25.10.2011)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2º Vogal)

Waldir Rodrigues de Carvalho ingressou com pedido de Revisão Criminal da sentença que o condenou à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor (art. 213 e art. 214, ambos do Código Penal).

O cerne da controvérsia reside na possibilidade ou não de aplicação da regra introduzida pela Lei n. 12.015/09 ao caso *sub examine*.

Após detida análise do feito, entendo que a razão está com o *Parquet* de 2ª instância.

Isso porque compartilho do entendimento proferido pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de acordo com o qual a inovação trazida pela mencionada lei deu nova característica do crime previsto no art. 213 do Código Penal, tornando-o um tipo misto cumulativo.

Assim, somente se permite a aplicação da benesse introduzida pela novel legislação, caso se demonstre não apenas a prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, mas também que eles obedeçam ao mesmo *modus operandi* e que sejam fruto de iguais desígnios.

A este respeito, confira-se:

> RECURSO ESPECIAL – PENAL – CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009 – REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME – TIPO MISTO CUMULATIVO.
>
> 1. Antes da edição da Lei n. 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida Lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).
>
> 2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de Lei.
>
> 3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. **Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro - classificável como *praeludia coiti* - e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral.**
>
> 4. Recurso provido. [1] (Destaques não originais)

Nesta mesma toada, os precedentes:

> STJ, *HC* n. 105.533, Quinta Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Hilário Vaz, julgado em 16.12.2010, DJ de 7.2.2011; STJ, *HC* n. 122**.777**, Quinta Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Hilário Vaz, julgado em 19.8.2010, DJ de 13.9.2010; STJ, *HC* n. 78.667, Quinta Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Hilário Vaz, julgado em 22.6.2010, DJ de 2.8.2010; e TJRS, Ag n. 296034-63, 2011.8.21.7000, Sétima Câmara Criminal, Rel.ª Des.ª Naele Ochoa Piazzeta, julgado em 25.8.2011, DJ de 8.9.2011.

In casu, o exame acurado dos autos permite concluir não haver dúvidas de que o ato libidinoso perpetrado anteriormente à conjunção carnal não pode ser considerado um prenúncio a esta tampouco decorreu do mesmo desígnio.

Tanto é assim que a própria vítima foi taxativa ao afirmar, fosse na fase inquisitiva, fosse em juízo, que o requerente havia lhe dito que somente praticaria o ato libidinoso consistente no sexo oral, mas, em seguida, perpetrou a cópula vaginal (f. 31-2 e 38-42).

1 REsp n. 987.124, Proc. 2007/0216856-0, Quinta Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Hilário Vaz, julgado em 9.11.2010, DJ de 4.4.2011.

Logo, é certo que o requerente praticou cada um dos atos ilícitos movido por desígnios diversos, de modo que não vislumbro a possibilidade de aplicação da benesse prevista na Lei n. 12.015/2009 em seu favor.

Ante o exposto, indefiro a revisional manejada por Waldir Rodrigues de Carvalho.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (6º Vogal)

Tenho votado que, com a entrada em vigor da Lei n. 12.015/06, acredito que não está superado o debate acerca da possibilidade ou impossibilidade no conhecimento da continuidade delitiva, entre o delito de estupro e atentado violento ao pudor. Esse diploma legal abarcou em um único tipo penal ambas as condutas. Em se tratando de lei posterior que traz disposição benéfica ao agente, para mim é imperiosa a ação retroativa no caso.

Por isso, acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DEFERIRAM A REVISÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, CONTRA O PARECER. ABSTEVE-SE DE VOTAR, POR AUSÊNCIA NO INÍCIO DO JULGAMENTO, O DES. DORIVAL.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli, Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 25 de outubro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Agravo Criminal n. 2011.010551-7 - São Gabriel do Oeste
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – EXECUÇÃO DE PENA – PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR E CUMPRIMENTO DE PENA EM COMARCA ONDE POSSUI PROPOSTA DE EMPREGO – NÃO COMPROVAÇÃO SATISFATÓRIA DO ALEGADO – PROPOSTA DE EMPREGO QUE SERIA DE EMPRESA DA QUAL O AGRAVANTE É PROPRIETÁRIO – TENTATIVA DE CUMPRIMENTO DA PENA EM COMARCA ONDE O PACIENTE SABE NÃO POSSUIR ESTRUTURA PARA CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME FIXADO – IMPOSSIBILIDADE – IMPROVIMENTO.

Se ficou evidenciado que o agravante pretende o cumprimento da pena em comarca onde não há estrutura, para que seja cumprido o regime imposto na sentença, juntando, para isso, documento onde ele próprio oferece emprego a si mesmo, em uma empresa da qual é proprietário, mostra-se correta a decisão agravada que indeferiu o cumprimento da pena na comarca.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de outubro de 2011.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Eliandro Mazetti Antônio, inconformado com a decisão que indeferiu o seu pedido de prisão domiciliar, na Guia de Recolhimento n. 043.11.000297-3, interpõe o presente agravo.

Requer, em suma, que lhe seja permitido cumprir pena na comarca de São Gabriel do Oeste, em regime domiciliar, ante a ausência de presídio, colônia penal agrícola ou industrial ou estabelecimento similar, o que foi indeferido pelo juízo *a quo*.

O órgão ministerial, em contrarrazões, posicionou-se pela manutenção do decido (f. 85-94).

Em juízo de retratação, confirmou-se a decisão atacada (f. 95).

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça fora pelo improvimento do recurso (f. 100-4).

O julgamento foi convertido em diligência, para que o agravante comprovasse a existência de proposta de emprego na comarca.

O agravante manifestou-se às f. 110-34 e a Procuradoria-Geral de Justiça ratificou o parecer já exarado (f. 140).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Eliandro Mazetti Antônio, inconformado com a decisão que indeferiu o seu pedido de prisão domiciliar, na Guia de Recolhimento n. 043.11.000297-3, interpõe o presente agravo.

Requer, em suma, que lhe seja permitido cumprir pena na comarca de São Gabriel do Oeste, em regime domiciliar, ante a ausência de presídio, colônia penal agrícola ou industrial ou estabelecimento similar, o que foi indeferido pelo juízo *a quo*.

A decisão agravada (f. 72-3) apontou que a condenação é oriunda da comarca de São Gabriel do Oeste (MS), mas que a pena foi cumprida, em sua maioria, na comarca de Campo Grande (MS), visto que na primeira não existe presídio, colônia penal agrícola ou industrial ou estabelecimento similar onde seja possível o cumprimento da pena.

Registra, ainda, que o agravante, no decorrer do cumprimento da pena, informou possuir residência na cidade de Várzea Grande (MT), cuja declaração foi assinada por ele próprio, requerendo a sua transferência para aquela comarca.

Contudo, assim que chegou naquele juízo, solicitou transferência para São Gabriel do Oeste, alegando possuir lá residência e família.

A decisão afirma, ainda, que, ao que parece, o agravante vem utilizando-se de subterfúgios para frustrar o cumprimento da pena.

Tenho que a decisão agravada deve ser mantida.

Em reforço ao que apontou o magistrado *a quo*, tenho que a comprovação de emprego juntada aos autos, refere-se a uma empresa de propriedade do próprio reeducando (f. 115-7), o que revela, mais uma vez, frustrar o cumprimento da reprimenda, visto que tal procedimento visa à obtenção do regime domiciliar, pois, como dito, não há estabelecimento apropriado para o cumprimento do regime semiaberto.

Concordo com parecer ministerial de que o regime domiciliar, no caso dos autos, *"não atenderia a uma das finalidades da pena: a prevenção geral. Isso porque o agravante foi condenado a uma pena superior a trinta anos por ter praticado extorsão mediante sequestro seguido de morte em São Gabriel do Oeste. A sensação de impunidade, a insegurança jurídica e a perda de confiança na Justiça Pública afetariam a sociedade local"* (f. 103).

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao agravo.

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. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Dorival Moreira dos Santos e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 24 de outubro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Agravo Criminal n. 2011.035163-3 - Corumbá
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES NA FORMA PRIVILEGIADA – PRETENSÃO QUE VISA À CONCESSÃO DA PROGRESSÃO PRISIONAL NOS PRAZOS PREVISTOS PARA O CRIME COMUM – DELITO QUE, MESMO NA FORMA PRIVILEGIADA, É CONSIDERADO HEDIONDO – ESTRANGEIRO NÃO RESIDENTE NO PAÍS – INEXISTÊNCIA DE DECRETO DE EXPULSÃO – PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A essência do crime cometido pelo condenado nas sanções cominadas aos §§ 2º ao 4º é a mesma do crime de tráfico previsto no *caput* e no § 1º, todos do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, razão pela qual é inconstitucional a concessão da progressão prisional nos prazos previstos para o crime comum, ante as expressas vedações contidas nas Leis n. 8.072/90 e n. 11.343/06 e art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.

A condição de estrangeiro irregular, por si só, não obsta a progressão de regime para o semiaberto aos reeducandos que não se encontram com decreto de expulsão expedido pelo Ministério da Justiça.

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, com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2011.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto por Nelson Julio Barba Hurtado contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá, que revogou a decisão proferida às f. 129-31, mantendo, destarte, a hediondez do delito previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como não reconheceu o direito à progressão prisional ao agravante, devido ao fato de ser ele estrangeiro.

Em suas razões sustenta, em síntese, que o crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não se afigura como hediondo e que, além disso, a sua condição de estrangeiro não poderia obstar a concessão da progressão prisional.

Por fim, prequestiona a negativa de vigência ao art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 219-27), opina pelo parcial provimento do agravo, a fim de que seja reconhecida a possibilidade da progressão de regime ao reeducando estrangeiro.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto por Nelson Julio Barba Hurtado contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá, que revogou a decisão proferida às f. 129-31, mantendo, destarte, a hediondez do delito previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como não reconheceu o direito à progressão prisional ao agravante, devido ao fato de ser ele estrangeiro.

Em suas razões sustenta, em síntese, que o crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não se afigura como hediondo e que, além disso, a sua condição de estrangeiro não poderia obstar a concessão da progressão prisional.

Pois bem. No que concerne ao afastamento da natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado, não há acolher a pretensão do agravante. Explico.

A incidência, no caso em tela, da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 não é fato a afastar a equiparação do delito de tráfico aos crimes de natureza hedionda, conforme previsto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, ainda que seja permitida a concessão, em casos que tais, de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixação de regime inicial diverso do fechado, atendendo às recentes manifestações do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Esta 1ª Turma tem decidido pela manutenção da hediondez do crime, notadamente porque disso depende a contagem dos prazos para a progressão de regime e do livramento condicional, mas tem adequado regime e possibilidade de substituição de pena, nos termos dos precedentes antes mencionados.

Por outro lado, a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos decorre da própria Constituição Federal, que, em seu art. 5º, XLIII, dispõe: *"a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia [...] o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins [...] e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."*

Não há, desta forma, negar a natureza hedionda do crime previsto no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/06, devendo o prazo para a progressão prisional e livramento condicional respeitar a norma prevista no artigo 2º, § 2º, da Lei n. 11.464/07.

Já, no que se refere ao fato de o agravante ser estrangeiro, entendo que tal situação não é fato a impedir a progressão prisional para o regime semiaberto.

É fato que a jurisprudência entende não ser possível a progressão de regime quando se trata de estrangeiro com decreto de expulsão já expedido, uma vez que há risco de o cumprimento da pena ser prejudicado diante da ordem de expulsão.

No entanto, no caso em apreço, não há nenhum dado do Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça acerca de eventual conclusão do inquérito de expulsão do agravante.

Outrossim, vale registrar que, em regime semiaberto, o agravante continuará em unidade do sistema penitenciário, de modo que o fato de ser estrangeiro não oferece, *a priori*, risco de se ver frustrada a execução da pena.

A respeito da possibilidade de progressão prisional aos estrangeiros, confiram-se os seguintes precedentes jurisprudenciais do e. Superior Tribunal de Justiça:

> EMENTA. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTRANGEIRO NÃO-RESIDENTE NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. 1. Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena. 2. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o co-respectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal. Precedentes: STJ e STF. 3. Ordem concedida, ratificada a liminar e na linha do parecer ministerial, para restabelecer a decisão de primeiro grau, que deferiu à paciente a progressão ao regime semiaberto. (*HC* n. 184.159, Proc. 2010/0163849-6, SP, Sexta Turma, Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 3.2.2011, DJ de 21.2.2011).
>
> EMENTA. EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Admite-se ao estrangeiro, em situação irregular no país, a progressão ao regime semiaberto, mormente tendo em vista que no regime intermediário a regra é o trabalho interno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e independe de visto de permanência ou qualquer outro requisito de regularidade administrativa. Precedentes do STJ.
>
> 2. Ordem concedida. (*HC* n. 129.994/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.9.2009, DJ de 19.10.2009).
>
> EMENTA. EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. INEXISTÊNCIA DE INQUÉRITO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE.
>
> I - Esta Corte, em diversos julgamentos, firmou entendimento no sentido de que a execução penal do nacional e do estrangeiro submetem-se aos princípios da isonomia e da individualização da pena, não sendo a condição de estrangeiro irregular, por si só, fator impeditivo à progressão de regime prisional. (Precedentes)
>
> II - *In casu*, a paciente teve denegado o benefício por tratar-se de estrangeira em situação irregular, e, outrossim, há informações atuais de que não possui inquérito de expulsão instaurado em seu desfavor, razão pela qual faz juz à progressão de regime, desde que atendidos os requisitos legais. *Habeas corpus* concedido para que o Juízo da Execução aprecie, com urgência, o pedido de progressão de regime, nos termos do art. 112 da LEP. (*HC* n. 121.677/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 16.6.2009, DJ de 8.9.2009).
>
> EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PROGRESSÃO DE REGIME – DECISÃO QUE VEDA O BENEFÍCIO POR SER REEDUCANDO ESTRANGEIRO NÃO RESIDENTE NO BRASIL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – ORDEM CONCEDIDA.
>
> A execução da pena do estrangeiro e do nacional submete-se aos princípios constitucionais da igualdade e da individualização da pena, sendo assim, o fato de a reeducanda ser estrangeira e não possuir residência no Brasil, não é óbice para a concessão da progressão de regime. (*HC* n. 2011.022272-7, Segunda Turma Criminal, Rel Des. Manoel Mendes Carli, julgado em 22.8.2011).

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO – CUMPRIMENTO DE METADE DA PENA – PRESO ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR – AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL – POSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.

A jurisprudência veda a concessão do regime aberto a presos estrangeiros já com decreto de expulsão. No caso em comento, o paciente já cumpriu mais de metade da pena no regime fechado e quer progredir ao semiaberto. Sequer há informações do Ministério da Justiça acerca de sua condição. Constrangimento demonstrado. Ordem concedida. (*HC* n. 2010.025143-3, Primeira Turma Criminal, Relª. Desª. Marilza Lúcia Fortes, julgado em 13.9.2010).

Dessa forma, o fato de o agravante ser estrangeiro não é motivo a configurar óbice à progressão para o regime semiaberto, em atenção aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena, nos termos do art. 5º da Constituição Federal.

Por outro lado, consoante se verifica dos autos à f. 136, há notícia de evasão do agravante, não existindo, posteriormente, nenhuma comprovação acerca de sua captura, o que por certo, nesse momento, obsta a progressão de regime buscada.

Assim sendo, acompanhando o parecer, dou parcial provimento ao agravo apenas para que seja reconhecida a possibilidade da progressão prisional ao regime semiaberto ao reeducando estrangeiro, desde que preenchidos os demais requisitos objetivos e subjetivos a serem analisados pelo Juízo da Execução Penal.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento aventado pela defesa, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Dorival Moreira dos Santos e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.026720-2 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TORTURA – LEI N. 9.455/97, I, "A" E § 4º, I – PRELIMINARES REJEITADAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL LEVE – INEXISTÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS A EVIDENCIAR O CRIME DE TORTURA – RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

A não observância do disposto no art. 212 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.690/08, constitui nulidade de caráter relativo, cujo reconhecimento depende da demonstração de efetivo prejuízo.

Constatando-se que a remoção do magistrado que instruiu o feito deu-se após a realização das audiências de instrução, mas antes da prolação da sentença, não há falar em violação ao princípio da identidade física do juiz, pois a situação encaixa-se nas exceções previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente.

Inexiste excesso de acusação quando o representante do Ministério Público, que possui o *dominus litis*, oferece denúncia definindo os crimes ocorridos diferentemente do entendimento da autoridade policial, visto que não está a esta vinculado.

Desclassifica-se o crime de tortura para lesão corporal leve, quando inexistem nos autos provas robustas de que o sofrimento físico e mental impingido à vítima foi exacerbado e atroz.

Se entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença decorreu o prazo superior estabelecido em lei, deve ser decretada a extinção da punibilidade dos agentes, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 107, IV, c.c. art. 109, V, ambos do Código 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 unanimidade, prover em parte o recurso.

Campo Grande, 7 de novembro de 2011.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

José Waldir Barreto e Alberto Araujo de Lima interpõem apelação criminal contra a sentença de f. 417-24, que os condenou à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime fechado, pela

prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, "a" (tortura com fim de obter confissão) e § 4º, I (cometida por agente público), da Lei n. 9.455/97.

José Waldir Barreto, em suas razões recursais (f. 437-47), requer (i) sua absolvição por falta de provas ou, alternativamente, (ii) a desclassificação para o crime de lesão corporal leve e, via de consequência, a extinção da punibilidade, nos termos do art. 109, VI, do CP e ainda (iii) a extinção da condenação de perda do cargo ou função pública.

Alberto Araújo de Lima, em suas razões recursais (f. 462-89), argúi preliminar de nulidade do processo a partir da audiência em virtude de o magistrado ter inquirido diretamente as testemunhas, bem como nulidade da sentença por violação ao princípio da identidade física do juiz e por fim excesso de acusação, e, no mérito (i) sua absolvição por falta de provas; (ii) a desclassificação para o crime de lesão corporal leve e via de consequência, a extinção da punibilidade por ausência de representação e, por fim, (iii) a não conversão da pena de perda do cargo e cassação da aposentadoria.

Em contrarrazões (f. 514-32), o Órgão Ministerial requer o improvimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lançado às f. 537-46, opina no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por José Waldir Barreto e Alberto Araujo de Lima contra a sentença de f. 417-24, que os condenou à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, "a" (tortura com fim de obter confissão) e § 4º, I (cometida por agente público), da Lei n. 9.455/97.

Infere-se da peça acusatória (f. 2-3) que:

> Consta do incluso Termo Circunstanciado de Ocorrência que, no dia 29 de outubro de 2001, por volta das 00:00 horas, no interior da DEFURV/MS, nesta cidade os denunciados, empregando violência constrangeram com propósito de obter informação ou declaração, bem como executaram medida de privação da liberdade privando à liberdade de locomoção, sem as formalidade legais da vítima RICARDO FERNANDES TIMÓTEO.

Passo à análise dos recursos por ordem de prejudicialidade.

1. DAS PRELIMINARES

A Defesa Técnica do apelante Alberto suscita, preliminarmente, nulidade do processo a partir da audiência, nulidade da sentença, bem como excesso de acusação.

1.1. Nulidade da instrução processual

O apelante sustenta haver nulidade a partir da audiência de instrução do feito realizada em 6.10.2009 (f. 320), ante a violação ao art. 212 do CPP, visto que o magistrado conduziu a produção de provas, antecipando-se à acusação e a defesa, bem como formulando diretamente as perguntas às testemunhas.

A preliminar não merece prosperar.

É sabido que a Lei n. 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 212 do CPP[1], extinguiu o sistema presidencialista de oitiva das testemunhas, estabelecendo uma inversão no procedimento para inquirição destas, de forma que se inicie pelas partes, Ministério Público e Defesa, cabendo ao magistrado complementar com questões não esclarecidas.

Entretanto, a inobservância do disposto em referido artigo não gera nulidade absoluta, mas sim relativa, sendo necessária a demonstração concreta de efetivo prejuízo à defesa. Aliás, o artigo 563 do Código de Processo Penal dispõe que "*nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa"*.

No caso em questão, a defesa do apelante não se manifestou quando da ocorrência do ato, conforme demonstra o termo de assentada de f. 320, nem tampouco indicou o prejuízo ocorrido em razão de tal inversão.

Portanto, inexistindo dano efetivo a qualquer das partes, impossível acolher a nulidade da instrução processual, visto que o ato impugnado atingiu sua finalidade, onde foi oportunizado às partes o contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, trago precedentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. ART. 33 E 35, DA LEI DE TÓXICOS. INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 1. **A inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizado às partes a formulação das perguntas, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Sendo assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo Estatuto, não se procede à anulação do ato**. 2. Ordem denegada. (STJ, *HC* n. 206.153, Proc. 2011/0104245-2, RS, Quinta Turma, Relª Minª Laurita Vaz, julgado em 6.9.2011, DJ de 22.9.2011).

> *HABEAS CORPUS*. RECEPTAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E COM NUMERAÇÃO RASPADA. NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. SISTEMA ACUSATÓRIO. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.690/2008. EIVA RELATIVA. DEFESA SILENTE DURANTE A REALIZAÇÃO DO ATO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos. 2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito no processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto. 3. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, houve a produção das provas requeridas, sendo oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às

1 Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

> testemunhas ouvidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente. 4. **Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal cuida-se de vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração da ocorrência do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocado *pas de nullité sans grief* positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal, nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo (Precedentes STJ e STF)**. 5. Constatando-se que a defesa dos pacientes permaneceu silente durante a audiência de instrução e julgamento, vindo a arguir a irregularidade somente nas alegações finais, a pretensão do impetrante de invalidação da instrução criminal encontra-se fulminada pelo fenômeno da preclusão. 6. Ordem denegada. (STJ, *HC* n. 206.833, Proc. 2011/0110122-4, RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 6.9.2011, DJ de 21.9.2011).

Deste modo, rejeito a preliminar suscitada.

1.2. Nulidade da sentença

O apelante Alberto sustenta que a sentença prolatada padece de nulidade absoluta, ante a incompetência do juiz prolator, em face do princípio da identidade física do magistrado, tendo em vista que o juiz sentenciante não conduziu a instrução processual, conforme dispõe o § 2º do art. 399 do CPP.

Porém, o fato de a sentença ter sido proferida por magistrado distinto daquele que presidiu a instrução por si só não enseja nulidade, pois, quando se trata da identidade física, a lei não deixa claro como se deve proceder na impossibilidade de cumprimento da regra processual.

Nestes casos, o operador do direito deve recorrer supletivamente ao artigo 132 do Código de Processo Civil, que trata da mesma matéria e possibilita que a sentença seja proferida por outro magistrado nos casos de convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, além daquelas hipóteses também sedimentadas pela jurisprudência, a exemplo da remoção.

Na hipótese dos autos, na data da sentença o magistrado que presidiu a instrução, Paulo Henrique Pereira, já havia sido removido para a 3ª Vara de Família, sendo assim, o magistrado em exercício no juízo, Wilson Correa Leite, era o competente para prolatar a sentença.

Portanto, independentemente de questões relativas à morosidade no feito, constatando-se que a remoção do magistrado que o instruiu se deu após a realização das audiências de instrução, mas antes da prolação da sentença, não há falar em violação ao princípio da identidade física do juiz, pois a situação encaixa-se nas exceções previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil.

A propósito:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ QUE SE ENCONTRAVA EM GOZO DE FÉRIAS E QUE JÁ HAVIA SIDO REMOVIDO PARA OUTRA VARA DA MESMA COMARCA. INCOMPETÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. 1. De acordo com o princípio da identidade física do juiz, que passou a ser aplicado também no âmbito do processo penal após o advento da Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, o magistrado que presidir a instrução criminal deverá proferir a sentença no feito, nos termos do § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal. 2. Em razão da ausência de outras normas específicas regulamentando o referido princípio, nos casos de convocação, licença, promoção ou de outro motivo que impeça o juiz que tiver presidido a instrução de sentenciar o feito, por analogia - permitida

pelo artigo 3º da Lei Adjetiva Penal -, deverá ser aplicado subsidiariamente o contido no artigo 132 do Código de Processo Civil, que dispõe que os autos passarão ao sucessor do magistrado. Doutrina. Precedente. 3. **No caso em apreço, não obstante já estivesse em vigor o § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 11.719/2008, quando proferida a sentença, o Juiz de Direito encontrava-se em gozo de férias regulamentares, e já havia sido removido da 3ª Vara de Tóxicos de Belo Horizonte/MG, para a 2ª Vara de Família da mesma Comarca. 4. Assim, na hipótese vertente, conquanto tenha sido o responsável pela instrução do feito, o Juízo que proferiu a decisão condenatória, tanto em razão das férias, como também em virtude da remoção, não era mais o competente para se manifestar sobre o mérito da ação penal, já que, nos termos do artigo 132 do Código de Processo Civil, o juiz que presidiu a instrução, mas que por qualquer motivo esteja afastado, não proferirá sentença, devendo encaminhar os autos ao seu sucessor.** 5. Constatada a incompetência do Juízo prolator do édito repressivo, cumpre reconhecer a nulidade da sentença prolatada nos autos, devendo outra ser proferida pela autoridade judicial competente. 6. Anulada a condenação, restam prejudicados os demais pedidos formulados no *mandamus*. 7. Recurso provido para anular a sentença condenatória proferida contra o recorrente, devendo outra ser prolatada pelo Juízo competente. (STJ, *HC* n. 28.696, Proc. 2010/0131749-4, MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 18.8.2011, DJ de 29.8.2011).

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. REJEITADA. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. DECISÃO MANTIDA. REGIMENTAL NÃO PROVIDO. **A remoção do juiz da instrução para assumir, definitivamente, outra vara enquadra-se entre as exceções admitidas pelo artigo 132 do CPC, de modo a possibilitar a prolação da sentença por outro magistrado**. Mantém-se a sentença de procedência da ação de cobrança se o requerido não desincumbiu-se a contento de comprovar sua tese de defesa, ou seja, que o repasse dos valores em questão tenha ocorrido por mera liberalidade. (TJMS, AgReg em AC n. 2010.035344-5/0001-00, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, DJ de 9.2.2011).

EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO DE CRÉDITO. INVALIDADE DO CHEQUE. REEXAME DE PROVA. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ DIVERSO DAQUELE QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO. REMOÇÃO PARA OUTRA COMARCA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. I - **A remoção para outra Comarca do Juiz que instruiu o feito é motivo legítimo para que a causa seja sentenciada por outro, sem que isso represente ofensa ao princípio da identidade física do julgador. Precedentes.** II - As circunstâncias referentes à apropriação do cheque administrativo que findou por instruir a ação de execução é matéria de prova, que, como tal, não pode ser discutida em Recurso Especial. Aplicação da Súmula STJ/7. III - Agravo Regimental improvido. (STJ, AgReg em Ag n. 1.279.696, Proc. 2010/0033829-0, SC, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 25.5.2010, DJ de 21.6.2010).

Assim, rejeito a preliminar suscitada.

1.3. Excesso de acusação

Argúi a Defesa do recorrente Alberto que houve excesso de acusação decorrente da inclusão do crime de tortura na denúncia feita pelo Ministério Público Estadual, ante o reconhecimento pelo Tribunal de Justiça da competência do Juizado Especial para o processamento e julgamento do crime de abuso de autoridade.

Para melhor compreensão da questão, necessário uma síntese dos atos processuais ocorridos:

1- Extrai-se dos autos que a ação penal em comento originou-se do Termo Circunstanciado de Ocorrência (n. 2002.171.1380-0) que tramitou perante a 2ª Vara do Juizado Especial Criminal, que foi instaurado em razão dos autos de Apuração preliminar feitos pela Corregedoria-Geral de Polícia (f. 9-49), que atribuiu aos ora apelantes o crime de abuso de autoridade.

2- Em decisão proferida às f. 56-61, o magistrado declinou a competência do Juizado, remetendo os autos para a Justiça Comum. Entretanto, o Juízo da 4ª Vara Criminal desta Comarca suscitou conflito negativo de competência (f. 65-7), tendo os autos sido remetidos para este Sodalício, que julgou procedente o conflito, visto que as penas acessórias do crime de abuso de autoridade não excluem a competência dos Juizados Especiais, que foi declarado o competente para processamento e julgamento do delito (art. 88-90).

3- Após o retorno dos autos ao Juizado Especial Criminal, fora designada audiência preliminar, sendo que o acusado José Waldir não fez jus à transação penal (f. 103), com remessa do feito para o oferecimento de denúncia. Quanto ao apelante Alberto, fora determinada a expedição de carta precatória, por se encontrar em outra Comarca, a fim de que lhe fosse proposta a transação penal referente ao crime de abuso de autoridade.

4- Com a remessa do feito ao representante do *Parquet*, ao contrário da apuração feita pela Corregedoria-Geral de Polícia, este constatou, no seu entendimento, que, além do crime de abuso de autoridade, também havia ocorrido o crime de tortura, e, sendo assim, ofereceu denúncia em face dos dois acusados, por estes crimes, cujas penas ultrapassam o limite estabelecido para os Juizados Criminais, tendo os autos sido remetidos para a 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, tendo a denúncia sido recebida em 3. 9.2004 (f. 172).

Do relatado, conclui-se que não houve excesso de acusação, primeiro porque a decisão do Tribunal de Justiça sobre a competência do processamento e julgamento do feito decorreu somente em análise do crime de abuso de autoridade, que foi proposta pela autoridade policial, não submetendo assim o órgão ministerial, que é o detentor do *dominus litis,* podendo discordar da definição do delito dada pela autoridade policial, formando sua própria convicção dos fatos ocorridos e à tipificação legal destes.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de excesso de acusação.

2. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL LEVE

No que tange ao pleito absolutório, pleiteado pelos apelantes, Waldir e Alberto, sob o argumento de inexistirem provas suficientes para a condenação, não merece guarida, pois a materialidade e a autoria do delito foram comprovadas através do laudo de exame de corpo de delito (f. 48-9) que aponta lesões físicas sofridas, bem como pela oitiva da vítima e testemunhas em sede judicial.

Entretanto, tenho que a conduta perpetrada pelos acusados se amolda ao crime de lesão corporal leve decorrente do abuso de autoridade, tendo este último sido alcançado pela prescrição da pretensão punitiva (f. 420 verso), pois, apesar de a vítima ter sido agredida e submetida a sofrimento físico, estes não chegaram ao patamar de um crime de tortura.

Segundo preleciona a doutrina, para a configuração do crime de tortura necessário se faz a presença de "*Intenso sofrimento físico ou mental: esta é justamente a nota particular da tortura: a subjugação de alguém para que sofra intensamente, na esfera física ou mental*"[2].

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1199.

O sofrimento intenso, a meu ver, é aquele exacerbado, atroz, fora da normalidade, não podendo qualquer sofrimento impingido ou agressão sofrida ser elevado ao crime de tortura.

O acusado Waldir, ao ser interrogado, relatou que os fatos "*se deram em parte conforme constam na denúncia"* (f. 180)*,* tendo ratificado o depoimento prestado na fase inquisitiva onde disse que:

> [...] além da suspeita quanto ao veículo, aqueles dois elementos, em interrogatório preliminar feito pelos PRF´s, nenhum deles queria assumir ser dono do veículo, sendo que por esses motivos, e aliado ao fato ainda de que, um dos elementos, na checagem preliminar restou constatado que tinha passagem pela polícia pelo artigo 16, é que foi elaborado o DOCAPREV sobre o caso e todos foram levados para a DEFURV [...] QUE, na Delegacia, continuando o interrogatório preliminar com aqueles elementos, os quais, foram colocados em salas separadas, a dúvida quanto quem era o dono do veículo persista, uma vez que nenhum deles, queria assumir ser seu o carros [...] QUE, na Delegacia ambos foram colocados nos corredores que existem perto das celas, onde existe um monitor, e onde puderam observar RICARDO e PAULO conversando [...] já no período da tarde RICARDO resolveu assumir que era dono do veículo [...] (f. 14-6)

O acusado, Alberto, em seu interrogatório nega os fatos, relatando que, em checagem, verificaram que ambos os indivíduos tinham passagem pela polícia, inclusive por tráfico de drogas, confirmando o fato de que nenhum deles queria assumir a responsabilidade sobre o automóvel pelo qual foram detidos, corroborando a versão do coacusado (f. 203-4).

Ao analisar o depoimento da vítima, Ricardo, prestado em juízo, verifica-se que relata que foi levada a um "galpão" existente nos fundos da delegacia, onde foi submetida a uma sessão de tortura durante toda a madrugada, onde lhe foram desferidos "socos" nas costas e na cabeça, além de choques e afogamento. A vítima não soube indicar a data da ocorrência dos fatos, também não soube precisar com exatidão de que forma as agressões haviam ocorrido, tão somente confirmando o que a defesa lhe falava (f. 362-3). Ou seja, as agressões perpetradas não estavam mais nítidas nas lembranças da vítima, que necessitou ouvir a narrativa dos acontecimentos através de terceira pessoa, para após confirmar que teriam ocorrido daquele modo.

Nesse contexto, verifica-se, pelos relatos da vítima, que nem sequer se lembrava da data do acontecido, bem como nem sequer se lembrou da "catarina", apetrecho pelo qual teria levado os choques, fatos que revelam que não houve sofrimento exacerbado impingido a ela.

Ademais, a testemunha Paulo César, pessoa que foi detida juntamente com a vítima, relatou que esta foi levada pelos acusados e, passados 40 (quarenta) minutos a 1 (uma) hora, retornou, dizendo que havia sido torturada com pancadas e choques, mostrando-lhe uma lesão no braço, porém não viu qualquer pessoa a agredindo tampouco ouviu gritos durante este período (f. 216). Saliente-se, ainda, que tal depoimento não corrobora a versão apresentada pela vítima, de que teria passado a madrugada toda sendo torturada, inclusive com afogamento.

As demais testemunhas, apesar de confirmarem a existência de um "galpão", que possui somente cobertura, nos fundos da delegacia, onde eram guardados veículos apreendidos, nada souberam falar sobre os fatos ocorridos na delegacia (f. 321-2, f. 324-5, f. 326-8 e f. 329-30).

O exame de corpo de delito confirma que a vítima sofreu lesões corporais de natureza leve por ação contundente, conforme consta na conclusão *in verbis: "Do observado e acima exposto concluímos que o(a) examinado(a) apresenta lesão corporal leva, cujas características são compatíveis de terem sido produzidas conforme época relatada no histórico, por ação contundente"* (f. 48-9). Assim é certo que houve lesão corporal, porém não ao patamar do crime de tortura.

Assim, os fatos descritos na exordial em confronto com as provas carreadas demonstraram haver fortes indícios de que, em vez do crime de tortura, em verdade, ocorreram os crimes de abuso de poder e lesão corporal leve.

Importante salientar que não se está aqui concordando com o procedimento adotado pelos acusados na abordagem à vítima ou menosprezando o sofrimento que esta veio a sofrer, somente não se vislumbra a hipótese de crime de tortura, tendo em vista inexistir provas seguras de que ele tenha de fato ocorrido.

Nesse sentido, trago à baila os seguintes julgados:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TORTURA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL E ABUSO DE AUTORIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA DE OFÍCIO. I - **Não restando comprovado que o acusado agiu com dolo específico de castigar o ofendido e ocasionar-lhe sofrimento atroz e martirizante, não se lhe pode processar pela prática do crime de tortura, mas pelos delitos de abuso de autoridade (art. 3º, "I", Lei n. 4.898/65) e lesões corporais leves (art. 129, do Código Penal)**. II- por ser matéria de ordem pública e em razão da economia processual, a prescrição poderá ser declarada de ofício em qualquer fase do processo, mesmo que por juiz incompetente para o julgamento da demanda. Recurso desprovido. (TJGO, ACr n. 309419-36.2002.8.09.0046, Estrela do Norte, Rel. Des. José Lenar de Melo Bandeira, DJ de 19.5.2011).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. TORTURA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ABUSO DE AUTORIDADE E LESÃO CORPORAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. 1. **O crime de tortura é aquele que causa um sofrimento à vítima exacerbado, fora do comum, não podendo qualquer sofrimento ou agressão ser eleito a crime de tortura.** Analisando os fatos objeto da presente ação penal não vislumbro o sofrimento exacerbado da vítima - Desclassificação para abuso de autoridade e lesão corporal. 2. Decorrido mais de quatro anos após o recebimento da denúncia, não havendo sentença condenatória, reconhece-se a prescrição para declarar extinta a punibilidade dos fatos imputados aos réus. 3. Negou-se provimento ao apelo do ministério público. (TJDF, ACr n. 2006.01.1.057081-8, ACr 434.010, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Sérgio Rocha, DJ de 22.7.2010).
>
> APELAÇÃO. TORTURA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA MAUS TRATOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. 1. **A condenação pelo delito de tortura pressupõe prova robusta do intenso sofrimento físico e mental imposto ao ofendido**. Não comprovada essa elementar, impõe-se a desclassificação da imputação penal para os limites do delito de maus-tratos, pois suficientemente demonstrado o abuso de meios de correção e disciplina. No caso, a gravação de vídeo comprova ter a ré abusado dos meios de correção e disciplina, utilizando-se de metodologia severa para alimentar e conter o choro da vítima. 2. Reconhecida a tipicidade de menor potencial ofensivo, no segundo grau, o processo deverá prosseguir no juizado especial criminal, com viabilização das medidas despenalizadoras e prosseguimento do julgamento. Recurso provido em parte. (TJRS, ACr n. 223330-52.2011.8.21.7000, Guarani das Missões, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, julgado em 22.9.2011, DJ de 30.9.2011).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TORTURA. POLICIAIS CIVIS. DOLO NÃO DEMONSTRADO. DESCLASSIFICAÇÃO. ABUSO DE AUTORIDADE E PREVARIÇÃO. PRESCRIÇÃO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO 1. **Verifica-se a absolvição dos apelantes do crime de tortura, em razão da não demonstração de forma inequívoca o intenso sofrimento das vítimas.** 2. *In casu*, quanto a possibilidade da prática dos delitos de abuso de autoridade, prevaricação, desacato

> e resistência, supostos crimes já estão prescritos, em razão, da pena máxima prevista para cada crime. (TJRR, ACr n. 0010.02.024191-4, Rel. Des. Fed. Mauro Campello, DJ de 6.9.2011).

Deste modo, desclassifico a conduta dos apelantes para o crime previsto no artigo 129, *caput* (lesão corporal leve), do Código Penal, que prevê pena máxima em abstrato de 1 (um) ano de reclusão.

Assim, se a pena máxima prevista para lesão corporal leve é de 1 (um) ano, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em 4 (quatro) anos.

Pois bem. Dos autos, verifica-se que o fato ocorreu em 29.10.2001 (f. 2), a denúncia foi recebida em 3.9.2004 (f. 172) e a sentença publicada em 25.1.2011. Assim, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença decorreu prazo superior ao previsto em lei, ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva.

Ante a desclassificação para o crime de lesão corporal leve, resta prejudicada a análise de demais questões postas em julgamento.

Diante do exposto, dou parcial provimento aos recursos de apelação interpostos por José Waldir Barreto e Alberto Araújo de Lima, a fim de desclassificar o crime de tortura para lesão corporal leve e via de consequência decretar a extinção da punibilidade dos agentes, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, IV, c.c. art. 109, V, ambos do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM EM PARTE O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 7 de novembro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.030690-6 - Dourados
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL EM OUTROS PROCESSOS – INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO – VEÍCULO APREENDIDO EM PODER DO FILHO ACUSADO DE TRÁFICO DE DROGAS – MOTOCICLETA DE PROPRIEDADE DE SUA GENITORA – AQUISIÇÃO LÍCITA – LIBERAÇÃO PARA USO NA CONDIÇÃO DE FIEL DEPOSITÁRIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se o bem não interessa mais ao processo como elemento de prova, aliado ao fato de a genitora da agente não possuir qualquer relação com os fatos ilícitos, é possível a sua liberação mediante compromisso de fiel depositário, ainda que sujeito ao perdimento (artigo 91, II, "b", do Código Penal), a fim de evitar a possível deterioração do veículo que se encontra apreendido.

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, prover em parte o recurso.

Campo Grande, 17 de novembro de 2011.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Trata-se de apelação em incidente de restituição de coisa apreendida em processo criminal interposta por Sônia Maria Ferreira Araujo Santos contra a sentença de f. 58-60, que indeferiu seu pedido de restituição da motocicleta Honda, modelo CG Titan ES, cor cinza, modelo 2008, placas HTC 2340, apreendida com seu filho Matheus Henrique Araújo Santos, flagrado traficando drogas em 18 de maio de 2011, Processo-crime n. 0005755-09.2011.8.12.0002.

Para tanto, argumenta que a decisão fere o artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, pois negou seu direito de propriedade.

Aduz que não houve a tradição da motocicleta, mas mera permissão para seu filho a utilizar, sendo que comprou a referida moto com proventos advindos de trabalho lícito, não tendo a aquisição nenhum nexo de causalidade com o fato delituoso.

Afirma que somente poderia haver perdimento do bem se este fosse produto de crime, o que não ocorreu no caso concreto.

Assevera que tem plena condições de ficar como fiel depositária do bem, para que este não se deteriore no depósito público.

Ao final, pugna pela reforma da sentença, a fim de reformar a sentença e determinar a imediata restituição do bem apreendido. Documentos de f. 73-140.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual, às f. 142-8, pelo improvimento do apelo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 154-6, no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de apelação em incidente de restituição de coisa apreendida em processo criminal interposta por Sônia Maria Ferreira Araujo Santos contra a sentença de f. 58-60, que indeferiu seu pedido de restituição da motocicleta Honda, modelo CG Titan ES, cor cinza, modelo 2008, placas HTC 2340, apreendida com seu filho Matheus Henrique Araújo Santos, flagrado traficando drogas em 18 de maio de 2011, Processo-crime n. 0005755-09.2011.8.12.0002.

A situação fática dos autos é a seguinte:

1) Em 18 de maio de 2005, Matheus Henrique Araújo Santos, filho da apelante, foi flagrado traficando drogas e a motocicleta, de propriedade da apelante, foi apreendida, pois, de acordo com a denúncia, a motocicleta era utilizada para a distribuição de drogas (f. 8-9).

2) Em 2 de junho de 2011, a apelante ingressou com o pedido de restituição de coisa apreendida em procedimento criminal, sob o argumento de ser proprietária da motocicleta apreendida, estando emprestada para seu filho e a utilizava regularmente para trabalhar, sendo o incidente autuado em autos apartados. Com a inicial (f. 1-5), colacionou a apelante cópia do Certificado do Registro de Veículo, que foi adquirido em 2008 (f. 7), cópia da denúncia e do flagrante (f. 8-42) e cópia do início do processo judicial (f. 43-7).

3) O pedido foi submetido à análise do Ministério Público Estadual, que opinou pelo indeferiment, sob o argumento de que "***há sérias dúvidas a respeito do direito da requerente, e fundada suspeita de que a motocicleta em questão, de fato, pertencia ao acusado MATHEUS e por ele era utilizada para a traficância***" (f. 49-50).

4) A apelante, em 21.6.2006 (f. 51), reiterou o pedido formulado na inicial e colacionou cópia da apólice do seguro da motocicleta apreendida, emitida em 4.4.2011, onde aparece como proprietária do bem móvel (f. 52-5).

5) O Ministério Público Estadual manifestou-se novamente no feito, aduzindo que a apólice de seguro comprova que Matheus era o proprietário da motocicleta, pois aparece no documento como condutor principal de tal veículo (f. 57).

6) Em seguida, o julgador singular prolatou a seguinte sentença:

> O pleito em tela, a despeito do entendimento esposado pela requerente, não comporta guarida. Ao menos, por enquanto. Emerge incontroverso que a apreensão do veículo efetivou-se porque, consoante inicial acusatória, encontrava-se em poder do denunciado Matheus Henrique Araújo Santos, filho da requerente, que, na data de 18.5.2011, por volta das 23h00min, na rua Caiuás, em frente ao numeral 1709, Vila Esperança, nesta urbe, foi surpreendido e preso em flagrante transportando um tablete de maconha pesando 44 gramas, além de duas trouxinhas plásticas da mesma substância, ocultadas no pé do mesmo. **Reza nosso Estatuto Processual Penal que as coisas apreendidas devem ser restituídas**

> **a quem de direito, sempre que não remanescerem dúvidas quanto à legitimidade da propriedade.** Pois bem. Argüi a requerente ser a proprietária do veiculo em questão, dado que, ainda que não estivesse na sua posse por ocasião de sua apreensão, possui certificado junto ao Detran, bem como contrato de seguro em seu nome.
>
> **Entrementes, não há como assegurar-lhe extreme de dúvidas o domínio da motocicleta apreendida, notadamente porque, sabe-se, a propriedade de bens móveis transferem-se com a tradição, sendo, portanto, irrelevante a existência de documentos e registros.** A propósito: "COMPRA E VENDA – AUTOMÓVEL – TRANSFERÊNCIA – REGISTRO – TRADIÇÃO. Não é o registro do título aquisitivo, senão a tradição, que transfere a propriedade do automóvel" (Jurisprudência Brasileira, ed. Juruá, v.05, p. 265). Ademais, como cediço, os veículos e quaisquer outros meios de transporte utilizados para a traficância, após a sua regular apreensão, ficarão sob a custódia da autoridade policial, porquanto interessam ao processo, vez que poderão, quando da prolação de sentença de mérito, ser objeto de perdimento. **Destarte, afigura-se açodada qualquer restituição neste momento, pois sequer o perdimento pode ser descartado. E isso, a toda evidência, somente será elucidado ao final da prestação jurisdicional, diante de elementos de convicção mais esclarecedores, coletados ao longo da instrução que se inicia, inclusive acerca da efetiva propriedade, pois, sabe-se, em se tratando de bens móveis, esta última se aperfeiçoa com a tradição, e não necessariamente com a documentação.** Vigora, portanto, no momento, o preceito inserto no art. 118 do CPP que "Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo", notadamente, repisa-se, porque não descartada a possibilidade da ocorrência do confisco, vez que utilizado para o transporte de substância ilícita. Por tais razões e mais que dos autos consta, acolhendo o posicionamento do Ministério Público, indefiro o pedido de restituição formulado por Sônia Maria Ferreira Araújo Santos, qualificada nestes autos [...].

Analisando o caso em questão, a princípio, verifica-se que a apelante adquiriu a motocicleta através de trabalho lícito e não tem qualquer envolvimento com o crime praticado pelo seu filho, sendo, ainda, apurado na ação penal se o referido veículo era utilizado na prática criminosa, visto que, do flagrante, extrai-se que Matheus apenas fugiu na motocicleta.

Porém, considerando que a ação principal ainda não foi encerrada e, em tese, o bem móvel em comento é sujeito à pena de perdimento, não há restituí-lo definitivamente à apelante, livre de qualquer ônus.

Entretanto, não há prejuízo em deferir o depósito do bem para ela, tendo em vista que o bem possivelmente pode estar se deteriorando em face do tempo que está apreendido (18.5.2011 – auto de apreensão de f. 31-2), pois é certo que o Estado não possui um aparato eficiente para zelar pela adequada manutenção de bens apreendidos, o que pode acarretar danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Assim, considerando os documentos colacionados e ainda que a apelante não é parte na ação penal que tem por objeto os fatos que originaram o incidente de restituição nem há comprovação de qualquer vínculo seu com a prática criminosa, deverá ser procedida a devolução do veículo, porém na condição de fiel depositária, visto que não demonstrado na decisão que indeferiu a restituição que o bem ainda interessa à instrução processual, conforme disposição contida no art. 118 do Código de Processo Penal.

A propósito:

> APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. TERCEIRO DE BOA-FÉ. INTERESSE PARA A INSTRUÇÃO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A NECESSIDADE DA RESTRIÇÃO E A SUA FINALIDADE. FIEL DEPOSITÁRIO. LIBERAÇÃO PARA USO. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Diante da possibilidade de perecimento da coisa sob guarda da Administração Pública, a nomeação do apelante como depositário fiel é recomendável, pois na condição de proprietário do bem possui claro interesse na sua manutenção e conservação, mormente quando alega a condição de terceiro de boa-fé. (TJMS, ACr n. 2011.013307-3, Campo Grande, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, DJ de 10.6.2011).

APELAÇÃO. RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ARGUIÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. INEXISTÊNCIA DE INFORMAÇÃO QUANTO AO DIREITO DE RECORRER. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PRELIMINAR REJEITADA. TERCEIRO DE BOA-FÉ. PROPRIEDADE DO VEÍCULO COMPROVADA SATISFATORIAMENTE. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A MANUTENÇÃO DA APREENSÃO. Não se pode impedir o processamento do apelo diante da inexistência da ciência inequívoca de que a apelante foi informada do direito de manifestar seu desejo de recorrer ou não da decisão, em observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Veículo automotor que não pertence aos acusados, sendo inviável decretar sua perda. Terceiro de boa-fé protegido pela redação do art. 91, inciso II, do CP. **Comprovação da propriedade do veículo, além de não constar na denúncia qualquer relação da apelante com o tráfico ilícito de entorpecentes, nem que o automóvel tenha sido adquirido com o produto do ilícito. Determinada a restituição do bem apreendido, mas com os encargos de fiel depositário à apelante.** (TJMT, ACr n. 37319/2010, Rosário Oeste, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Paulo da Cunha, julgado em 10.5.2011, DJ de 19.5.2011).

PENAL. INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS. VEÍCULO. SUSPEITA DE AQUISIÇÃO COM RECURSOS PROVENIENTES DE ATIVIDADE ILÍCITA. TRÁFICO DE DROGAS. TERCEIRO DE BOA FÉ. CONDIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. RESTITUIÇÃO MEDIANTE COMPROMISSO DE FIEL DEPOSITÁRIO. Havendo fundadas suspeitas de que o bem reclamado foi adquirido com recursos provenientes de atividade ilícita (tráfico de drogas), cumpre ao requerente desfazer a presunção para obter a sua restituição. Se o requerente não comprova a origem dos recursos utilizados na aquisição do bem, ou renda compatível com os valores desembolsados para adquiri-lo, persiste a dúvida sobre sua condição de terceiro de boa fé, mormente porque é comum o registro de bem em nome de terceiro como forma de ocultação de patrimônio pelo criminoso. S**e o bem não interessa mais ao processo como elemento de prova, é possível a sua liberação mediante compromisso de fiel depositário, ainda que sujeito ao perdimento (artigo 91, II, "b", do Código Penal), como medida que mantém seu vínculo com o processo e evita possível deterioração do veículo.** (TRF Quarta Região, ACr n. 0000761-92.2009.404.7008, PR, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Márcio Antônio Rocha, julgado em 26.4.2011, DJ de 6.5.2011).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO EM INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. VEÍCULOS APREENDIDOS EM RESIDÊNCIA DE PESSOA INVESTIGADA PELA PRÁTICA DE CRIMES DE TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (OPERAÇÃO KOLIBRA). INDÍCIOS DE AQUISIÇÃO COM O EMPREGO DE RECURSOS DE ORIGEM ILÍCITA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE DESIGNAÇÃO DA REQUERENTE COMO FIEL DEPOSITÁRIA. AUSÊNCIA DE PROVA DA PROPRIEDADE OU DO DESINTERESSE DOS BENS PARA O FEITO CRIMINAL. APELO DESPROVIDO. 1. A apreensão de coisa encontrada em poder de pessoa investigada pela prática de crime não constitui apenas ato de colheita de prova, funcionando também como medida de natureza assecuratória, praticada com o fim de resguardar eventual indenização ou restituição à vítima, ou mesmo possibilitar o confisco por parte do Estado, nos termos do artigo 91,

> inciso II, alínea "b", do Código Penal. Doutrina. 2. Pairando fundadas suspeitas de que os bens apreendidos constituem proveito de crime, passíveis de perda em favor da União, e não tendo sido comprovada a licitude da aquisição pelos requerentes, tem-se por recomendável a manutenção da constrição. 3. **A princípio, mostra-se possível a nomeação de terceiro de boa-fé como fiel depositário da coisa apreendida, desde que comprovada, de forma cabal, a propriedade incidente sobre o bem e que este não interesse ao feito criminal.** 4. Recurso de apelação desprovido. (TRF Terceira Região, ACr n. 0001584-23.2007.4.03.6181, SP, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Luís Paulo Cotrim Guimarães, julgado em 19.10.2010, DJ de 3.11.2010).

Frise-se ainda que a imposição do encargo de fiel depositária impõe para a apelante a obrigação de guardar, conservar e restituir o bem apreendido assim que lhe for solicitado, o que não prejudica o trâmite da ação penal.

Assim, não vejo óbice em restituir o bem à apelante na condição de fiel depositária, visto que ela não poderá praticar qualquer ato de disposição do veículo, além do fato de ela ser a maior interessada na gerência e cuidado do veículo.

Porém, entendo que, embora o depositário deva exercer seu encargo com absoluta responsabilidade, não se deve esquecer que o veículo pode ser perdido, em caso de acidente de trânsito, em delitos patrimoniais (furto/roubo) ou até por força maior e, caso ocorram tais fatalidades, a finalidade das medidas assecuratórias restariam frustradas, visto que o artigo 642 do Código Civil exime o depositário de responsabilidade nos casos de comprovada ocorrência de força maior.

Assim, faz-se necessária antes da entrega do bem a contratação de seguro total pela apelante pelo tempo que durar a ação penal.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Sônia Maria Ferreira Araújo Santos, a fim de liberar o uso da motocicleta Honda, modelo CG Titan ES, cor cinza, modelo 2008, placas HTC 2340, mediante a nomeação da apelante como fiel depositária, mediante compromisso no ato da entrega, que deverá ser precedida de comprovação de seguro total do bem pelo tempo que durar a Ação Penal n. 0005755-09.2011.8.12.0002.

Expeça-se o competente ofício ao Detran-MS, para que conste expressamente no sistema desse órgão, a vedação quanto à transferência ou qualquer ato de disposição patrimonial relativa ao bem acima descrito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM EM PARTE O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 17 de novembro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.033399-6 - Anastácio
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – CRIME AMBIENTAL – ART. 34, INCISO III, DA LEI N. 9.605/98 – TRANSPORTE DE PESCADO FORA DA MEDIDA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – ACOLHIDA – RECURSO PROVIDO.

A ausência de designação de audiência para oitiva das testemunhas arroladas pela defesa fere os princípios constitucionais norteadores da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

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, prover o recurso.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2011.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Trata-se de recurso de apelação interposto por Vandir Pereira da Silva, inconformado com a sentença que o condenou à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, em regime aberto, substituída por restritiva de direitos, pela prática do crime previsto no art. 34, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 9.605/98.

Em suas razões recursais às f. 146-51, a Defesa requer, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade da sentença, ante a ocorrência do cerceamento da defesa, em razão da ausência de designação da audiência para a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, bem como o réu não foi corretamente intimado para o sumário de acusação, no qual foram ouvidas as testemunhas da acusação.

No mérito, pleiteia sua absolvição e a redução da reprimenda imposta para o mínimo legal. Prequestiona a negativa de vigência aos artigos legais e constitucionais.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões às f.158-69 e a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lançado às f. 175-7, opinam pelo acolhimento da preliminar arguida, anulando-se todos os atos praticados após a audiência para oitiva das testemunhas da acusação, ante a ausência de sumário de defesa, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CF.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Vandir Pereira da Silva, inconformado com a sentença que o condenou à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, em regime aberto, substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e multa consistente na doação de um salário-mínimo, pela prática do crime previsto no art. 34, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 9.605/98.

Segundo infere-se da denúncia às f. 2-3:

> No dia 20 de maio de 2007, aproximadamente as vinte e uma horas e trinta minutos, Vandir Pereira da Silva transitava pela rodovia BR-262, km-481, neste Município de Anastácio, transportando no interior do veículo Ford pampa, cor cinza, placa HRG-4893, uma caixa de isopor com seis peixes da espécie pacu (com medidas de 43 cm, 37 cm, 38 cm, duas vezes, e 25 cm), dois piauçu (medindo 33 e 36 cm), e um piraputanga (20 cm), consoante laudo de exame pericial (f. 22-4).

DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

De uma análise detida dos autos, tenho que razão assiste à Defesa, pois a ausência de designação de audiência para oitiva das testemunhas arroladas pela defesa fere os princípios constitucionais norteadores da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Portanto, acolho a preliminar arguída, nos termos do bem-lançado parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, acrescidos dos seguintes argumentos. Senão, vejamos:

> O apelante Vandir Pereira da Silva pleiteia o reconhecimento do cerceamento de sua defesa, por contrariedade à norma disposta no art. 5º inciso LV, da Constituição Federal, diante da não designação de audiência para a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, bem como a intimação incorreta do réu para comparecer ao sumário de acusação.
>
> Sobre os princípios suscitados pela defesa, lecionam Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino[1]:
>
> Por ampla defesa entende-se o direito que é dado ao individuo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de prova licitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se assim entender, para evitar sua autoincriminação.
>
> Por contraditório entende-se o direito que tem o individuo de tomar conhecimento e contraditar tudo o que é levado pela parte adversa ao processo. É o princípio constitucional do contraditório que impõe a condução dialética do processo (par conditito), significando que, a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se, de apresentar suas contrarrazões, de levar ao juiz do feito uma versão ou uma interpretação diversa daquela apontada inicialmente pelo autor. O contraditório assegura, também, a igualdade das partes no processo, pois equipara, no feito, o direito da acusação com o direito da defesa.

1 **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 165.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a audiência para o interrogatório ocorreu no dia 23 de junho de 2008, não possuindo o réu defensor constituído nos autos, lhe sendo nomeado defensor dativo para sua defesa (f. 71-2).

A Defensoria Pública Estadual foi intimada para apresentar defesa prévia no dia 30 de junho de 2008 (f. 73), apresentando-a em 1º de julho de 2008, arrolando as testemunhas que desejava ouvir em caráter de imprescindibilidade (f. 74-5), com os respectivos endereços e telefones onde poderiam ser encontradas.

Entretanto, em que pese a tempestividade do requerimento feito pela defesa técnica, não houve audiência para oitiva nem sequer intimação das testemunhas por ela arroladas, sem que houvesse desistência nesse sentido, não tendo sido realizado o sumário da defesa, o que fere gravemente não só os princípios estampados no inciso LV do art. 5, mas também ao devido processo legal.

O despacho proferido pelo juízo *a quo* nem observou o pleito defensivo, limitando-se apenas a designar o sumário de acusação para o dia 3.9.2008 (f. 76).

Ora, não foi dado à defesa o mesmo direito concedido à acusação, a qual teve suas testemunhas inquiridas (f. 86 e 104), infringindo-se o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Assim, ocorreu flagrante prejuízo ao réu, que não pode comprovar as alegações feitas por ele em seu interrogatório, corroborando tais informações com os depoimentos a serem colhidos das suas testemunhas, ocorrendo nulidade processual, consoante dispõe a Súmula 523 do STF, a saber: "*No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*"

Por fim, cumpre salientar que, mesmo tendo o apelante alegado o cerceamento de defesa apenas na fase recursal, a nulidade alegada, por ser de ordem constitucional, pode ser suscitada a qualquer momento processual, inclusive em sede de recurso.

Neste sentido, a representante do *Parquet* que atua em primeiro grau esclareceu que "*em obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o Ministério Público Estadual concorda com os termos do apelo, no sentido de que houve nulidade ante a não designação de audiência para a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, inclusive porque houve ressalva quanto ao caráter de imprescindibilidade, bem como foram fornecidos os endereços às fls. 75 dos autos*".

Ademais, segundo a doutrina de Ada Pellegrini Grinover[2], para um ato ser declarado nulo, o prejuízo que a ele deu causa deve ser encarado sob um duplo aspecto, quais sejam, a demonstração do dano à garantia do contraditório e o comprometimento da exatidão da sentença, de modo que nem sempre se exige a produção da prova da ocorrência do prejuízo, podendo ser inferida por meio de simples procedimento lógico.

A propósito, acerca do direito à prova Antônio Scarance Fernandes preleciona que, *in verbis*:

> [...] Magalhães Gomes Filho, cuidando diretamente do direito à prova no processo penal, nele engloba: o direito à investigação; o direito de proposição (indicação, requerimento) de provas; o direito à admissão das provas propostas, indicadas ou requeridas; o direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes; o direito sobre o meio de prova (direito de participação das partes nos atos de produção da prova); o direito à avaliação da prova. Aqui, de forma abrangente, desdobra-se o direito à prova em face das manifestações concretas do processo de vários direitos da parte: a) direito de requerer a produção da prova; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova;

2 GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: RT, 2009.

> c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; d) direito a participar da produção da prova; e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; f) direito a que a prova seja produzida com participação do juiz; g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador[3].

Desta forma, como não foi assegurado ao apelante o direito do contraditório e da ampla defesa nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, ante o fato de não ter sido realizado o sumário de defesa, não havendo designação de ato para oitiva das testemunhas de defesa arroladas tempestivamente, acolho a preliminar de cerceamento de defesa, motivo pelo qual fica prejudicada a análise das demais matérias postas em discussão no presente recurso.

No que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais, em razão de ter sido amplamente debatido nos autos.

Ante o exposto, com o parecer ministerial, dou provimento ao recurso da defesa de Vandir Pereira da Silva para acolher a preliminar de cerceamento de defesa, a fim de determinar a nulidade de todos os atos praticados após a audiência para oitiva das testemunhas da acusação, ante a ausência de sumário de defesa, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CF, devendo os autos volverem ao Juízo de origem para regular tramitação do feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2011.

***

3 GOMES FILHO, Magalhães. **Processo Penal Constituciona**l. 5. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 79-80.

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.021767-8 - Ivinhema
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DESACATO, RESISTÊNCIA – OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA – AGENTE MENOR DE 21 ANOS DE IDADE – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – DE OFÍCIO.

Reconhece-se a ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado, decretando-se a extinção da punibilidade do agente se, entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, verificou-se a hipótese do art. 109, VI, c.c. art. 115 do CP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva e extinguir a punibilidade, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 17 de outubro de 2011.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes

Jorge da Silva Souza foi condenado à pena de 7 meses de detenção, por infração ao art. 331 (desacato) e à pena de 5 meses de detenção, por infração ao art. 329 (resistência), na forma do art. 69 do CP (f. 165-73).

Em preliminar, requer que seja decretada a nulidade parcial da sentença para abrir vista dos autos ao MP, a fim de oferecer o *sursis* processual, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

No mérito, pede a absolvição dos crimes de desacato e resistência, alegando que não restou provada a autoria e o dolo. Alternativamente, pede a absorção do crime de desacato pelo crime de resistência, uma vez que foram cometidos sob o mesmo contexto. Por fim, pede a aplicação da pena-base no mínimo legal (f. 179-94).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo seu improvimento (f. 200-9).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento parcial do recurso, para oportunizar o oferecimento da suspensão condicional do processo ao apelante, bem como para redimensionar a reprimenda para o mínimo legal (f. 223-34).

VOTO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

De ofício, reconheço a ocorrência da prescrição.

O apelante foi condenado à pena de 7 meses de detenção, por infração ao art. 331, e à pena de 5 meses de detenção, por infração ao art. 329, na forma do art. 69 do CP.

No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente (art. 119 do CP).

Os crimes foram cometidos em 31.1.2009 e a denúncia foi recebida em 19.2.2009 (f. 64).

Entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória (em 1.10.2010 – f. 174), decorreu o lapso de mais de 1 ano e 7 meses.

Segundo dispõe o art. 109, VI, CP, a pena inferior a 1 anos prescreve em 2 anos.

Ocorre que o apelante possuía 19 anos de idade quando praticou o delito (f. 13 e 23), reduzindo-se pela metade o prazo prescricional (art. 115, CP), ou seja, 1 (um) ano.

Portanto, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, nos termos do art. 110, § 2º, do Código Penal (crime praticado antes do advento da Lei n. 2.234/10), razão pela qual, com fulcro no art. 107, IV, do CP, declaro extinta a punibilidade de Jorge da Silva Souza.

Diante do exposto, de ofício, reconheço a ocorrência da prescrição retroativa extinguindo a punibilidade de Jorge da Silva Souza.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, RECONHECERAM A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E EXTINGUIRAM A PUNIBILIDADE, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relatora, a Exma. Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 17 de outubro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Conflito de Competência n. 2011.027757-1 - Campo Grande
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS AO JUÍZO DA VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER SOB O ARGUMENTO DE QUE O *SURSIS* DA PENA DEVERIA ALI SER CUMPRIDO – COMPETÊNCIA QUE, NOS TERMOS DO DISPOSTO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E NA RESOLUÇÃO N. 339 DO TJMS, É DA CENTRAL DE EXECUÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS – CONFLITO NEGATIVO ACOLHIDO.

O *sursis* da pena aplicada no âmbito da violência doméstica contra a mulher deve ser executado, em Campo Grande, pela Central de Execução de Penas Alternativas (CEPA).

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, acolher o conflito, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 26 de setembro de 2011.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

Trata-se de conflito negativo de competência em que é o suscitante o Juiz da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande e suscitado o Juiz da CEPA.

Questão nodal ao deslinde do caso reside em se definir quem é competente para executar a pena restritiva de direitos fixada na sentença.

O Parecer Ministerial opina pela competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande para executar a pena restritiva de direitos.

VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em face do Juízo de Direito da Central de Execução de Penas Alternativas, ambos da Comarca de Campo Grande.

O apenado foi condenado pela Vara de Violência Doméstica, e, em via recursal a este sodalício, foi beneficiado com a suspensão condicional da pena, f. 10-2.

Entende o magistrado suscitante que a competência seria do Juízo suscitado, visto que não se trata de execução de pena alternativa, já que se trata do *sursis* da pena, que, de acordo com o disposto no art. 2º, **k**, da Resolução n. 221, de 1º de setembro de 1994, alterada pela Resolução n. 30, de 6 de maio de 2009, ambas do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que determina a competência da Vara da Violência Doméstica, tal situação não está contemplado, sendo que os artigos 65 e 66 da Lei de Execuções Penais e art. 4º da Resolução n. 339 deste Tribunal, que criou a Central de Execução de Penas Alternativas, determinam que aquela vara seria competente para a execução do *sursis*.

A própria redação da alínea **k** do art. 2º da Resolução n. 221 do TJMS, com a redação dada pela Resolução n. 30, de 6.5.2009, delimita a competência da Vara da Violência Doméstica de Campo Grande sem acrescentar os processos de execução de *sursis* penal. Confira-se:

> **Art. 2º** Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande: (alterado pelo art. 2º da Resolução n. 525, de 6.6.2007 – DJMS, de 14.6.2007)
>
> [...]
>
> k) a da vara da violência doméstica e familiar contra a mulher, a competência para processar, julgar e executar as causas criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, **inclusive a execução de penas restritivas de direitos aplicadas em substituição às privativas de liberdade** e as causas cíveis que decorram de crimes dessa natureza, nos termos da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 e, igualmente, as Cartas Precatórias extraídas de processos fundados na mesma Lei; (alterada pelo art. 2º da Resolução n. 30, de 6.5.2009 – DJMS, de 8.5.2009.) – Destaquei.

Vê-se que a resolução prevê a competência da Vara da Violência Doméstica apenas para a **execução de penas restritivas de direitos aplicadas em substituição às privativas de liberdade**, o que não é o caso em exame.

Conforme já mencionado, trata-se da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal.

Neste caso, prevalece a disposição da Resolução n. 339, de 28 de junho de 2001, que, acerca da competência da Central de Execução de Penas Alternativas da Comarca de Campo Grande, dispõe, *in verbis*:

> **Art. 4º** Compete à Central de Execução de Penas Alternativas - CEPA:
>
> I - executar e fiscalizar as penas ou as medidas alternativas, as medidas restritivas de direito, **a suspensão condicional da pena** e a suspensão condicional do processo;

Por tais considerações, contra o Parecer, julgo procedente o presente conflito e determino a competência da Central de Execução de Penas Alternativas da Comarca de Campo Grande para a execução da pena (*sursis*).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, ACOLHERAM O CONFLITO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 26 de setembro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2011.028478-9 - Sonora
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – DESOBEDIÊNCIA (ART. 1º, INC. XIV, DECRETO-LEI N. 201/67) – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – REJEITADA – MÉRITO – PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AAÇÃO PENAL – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PRESCRIÇÃO RETROATIVA – INOCORRÊNCIA – ORDEM DENEGADA.

Deve-se conhecer da impetração, porque se refere à liberdade de locomoção do paciente, por conseguinte, perfeitamente cabível a sua análise em sede de *habeas corpus*.

Insurgindo-se o paciente contra sentença condenatória já transitada em julgado, a matéria é afeta à revisão criminal.

Não há falar em atipicidade por crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, porque *in casu* a condenação deu-se por crime de responsabilidade praticado por prefeito municipal que, no exercício de suas funções, deixou de cumprir ordem judicial sem justificativa, consoante dispõe o Decreto-Lei n. 201/67.

Não há falar em prescrição retroativa, se não transcorreu o lapso imposto pelo artigo 109, IV, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e em parte com o parecer, conhecer e denegar a ordem.

Campo Grande, 17 de outubro de 2011.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

João Cavalcante Costa impetra ordem de *habeas corpus* em seu favor, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Sonora.

Alega que está sofrendo constrangimento ilegal, sustentando que prefeito não comete o crime de desobediência quando o faz em razão da função, bem como a atipicidade da conduta e, por fim, a ocorrência da prescrição retroativa.

Não houve pedido de liminar.

As informações foram anexadas às f. 44-5.

A Procuradoria-Geral de Justiça arguiu a preliminar de não conhecimento e no mérito opinou pela denegação da ordem (f. 50-3).

VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por João Cavalcante Costa em seu próprio favor, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Sonora.

Alega, em apertada síntese, que está sofrendo constrangimento ilegal, sustentando que prefeito não comete o crime de desobediência quando o faz em razão da função, bem como a atipicidade da conduta e, por fim, a ocorrência da prescrição retroativa.

PRELIMINAR

A Procuradoria-Geral de Justiça suscita preliminar de não conhecimento do pedido sob o argumento de que a petição do *mandamus* é confusa e ininteligível.

Todavia, a matéria levada a exame no mérito do *writ* refere-se à liberdade de locomoção do paciente, por conseguinte perfeitamente cabível a sua análise em sede de *habeas corpus,* razão pela qual rejeito a preliminar, a fim de conhecer da presente impetração.

MÉRITO

Consta nos autos que o paciente foi condenado, em 19 de julho de 2010, à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção, substituída por duas restritivas de direito, consistentes na prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade por infração ao art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei n. 201/67.

Em relação à alegação de atipicidade da conduta, é impossível discutir na estreita via do *writ*, pois já houve o trânsito em julgado da sentença condenatória, e, além disso, no caso não resta configurada de plano, exigindo um exame aprofundado de provas.

Dessa forma, a medida cabível para desconstituir sentença resguardada pelo trânsito em julgado não é o *habeas corpus*, mas sim a revisão criminal, nos exatos termos previstos no artigo 621 e seguintes do Código de Processo Penal.

Ademais, diferente do que alega o impetrante-paciente, a condenação não se deu pelo crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, o qual somente pode ser cometido pelo agente público quando este estiver agindo como particular, mas sim pelo crime de responsabilidade previsto no Decreto-Lei n. 201/67.

Assim, não há falar em impossibilidade da prática do crime de desobediência, pois, *in casu*, trata-se do crime de responsabilidade consistente na desobediência por descumprimento de ordem judicial praticado por prefeito no exercício da função, previsto no inciso XIV do Decreto-Lei n. 201/67, plenamente aplicável, portanto, aos agentes políticos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal julgou o *Habeas Corpus* n. 71875/SP:

> *HABEAS CORPUS*. PREFEITO MUNICIPAL. CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. DESOBEDIÊNCIA. JUSTIFICAÇÃO CONSISTENTE. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE.
>
> **Prefeito municipal, agindo no exercício de sua função pública, responde por crime de responsabilidade se não cumprir decisão judicial sem justificação, por escrito, a autoridade competente, da recusa ou da impossibilidade (art. 1º-XIV *in fine* do Decreto-Lei n. 201/67)** [...]. (STF, *HC* n. 71875, SP, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado em 27.6.1995, DJU de 26.4.1996).

Quanto à alegada ocorrência da prescrição, a autoridade apontada como coatora em suas informações asseverou:

> Da análise dos autos, não se vislumbra a ocorrência a prescrição no caso em tela, em nenhuma das suas modalidades. A sentença julgou procedente a denúncia e condenou o paciente como incurso nas sanções do artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei n. 201/67, a 2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção, no regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistente em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.
>
> Tendo em vista a pena privativa de liberdade fixada (2 anos e 3 meses de detenção), a prescrição retroativa ocorreria em 8 (oito) anos, conforme o disposto no art. 109, IV c/c art. 110, § § 1º e 2º, ambos do Código Penal, com redação anterior à Lei n. 12.234/2010, a qual não se aplica aos fatos anteriores por tratar de prazo penal e constituir alteração legislativa prejudicial ao réu.
>
> Entretanto, não se verifica esse lapso de oito anos entre a primeira e segunda causas interruptivas, as quais estão previstas no art. 117, I e IV, do Código Penal. O fato ocorreu em 1º.6.1999, a denúncia foi recebida em 8.9.2003 e a sentença condenatória foi publicada em 20.7.2010. No primeiro intervalo, entre a data do fato e o recebimento da denúncia, se passaram 4 anos, três meses e 7 dias. No segundo intervalo, entre o recebimento da denúncia e publicação da sentença condenatória, transcorreram 6 anos, 10 meses e 18 dias.

Desse modo, como bem salientou a magistrada *a quo,* observando-se os prazos prescritos no art. 117, I e IV, do Código Penal, não transcorreu o lapso temporal exigido pelo ordenamento penal, nos termos do art. 109.

Diante do exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, denego a presente ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, CONHECERAM E DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e o Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 17 de outubro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.020744-0 - Miranda
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE VEDAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRTIVA DE DIREITOS E ALTERNATIVAMENTE MAJORARAÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – PREJUDICADO – PRESCRIÇÃO RETROATIVA – RÉU MENOR DE 21 ANOS – PRAZO REDUZIDO PELA METADE – TRANSCURSO DE TEMPO SUPERIOR A 1 ANO ENTRE A DATA DO FATO E DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – RECURSO PREJUDICADO.

Encontra-se extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado se entre a data do fato e o recebimento da denúncia transcorreu lapso superior ao prazo regulado no art. 109, VI, c.c. com art. 115, ambos do Código Penal em relação à pena em concreto aplicada na sentença recorrida. Decisão com o parecer.

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, julgar prejudicado e reconhecer a prescrição do recurso.

Campo Grande, 20 de outubro de 2011.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Miranda, que condenou o acusado Adelcio Rodrigues Segato Filho, como incurso no crime previsto no art. 150, § 1°, do Código Penal (invasão de domicílio), à pena de 6 meses de detenção, esta substituída por uma pena restritiva de direitos.

Inconformado com a decisão, o Ministério Público pugna pela vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e, alternativamente, a majoração da prestação pecuniária.

O apelado, preliminarmente, pleiteia pelo reconhecimento da prescrição, declarando-se extinta a punibilidade e, subsidiariamente, seja mantida a sentença nos moldes em que foi proferida.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo acolhimento da preliminar de prescrição, com a consequente extinção da punibilidade do acusado, nos termos do artigo 107, IV, c.c. art. 110, § 1°, ambos do Código Penal.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O Ministério Público Estadual pede na apelação criminal pela não substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e, alternativamente, a majoração da pena pecuniária.

Assim, extrai-se das razões de recurso que, embora tenha recorrido o Ministério Público, portanto, em tese, não transitada em julgada a sentença para a acusação, tem-se que o resultado da decisão recursal não mais pode atingir o *quantum* da pena privativa de liberdade não devolvida a esta Corte para apreciação.

Assim, analisando-se os autos, verifica-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa, consoante os seguintes marcos interruptivos:

O fato delituoso ocorreu em 12.12.2007 (f. 2-3) e o recebimento da denúncia em 30.1.2009 (f. 57).

Considerando-se o *quantum* da pena privativa de liberdade aplicada ao apelado (6 meses) em cotejo com o art. 109, VI, do Código Penal, o prazo é de 2 (dois) anos.

Todavia, o apelado nasceu no dia 1.2.1989 (f. 40), tendo pouco mais de 18 anos à época dos fatos e, dessa forma, conforme preceitua o artigo 115 do Código Penal, o prazo prescricional será reduzido pela metade na hipótese de ser o acusado menor de 21 anos na data dos fatos.

Com efeito, havendo transcorrido entre a data do fato e o recebimento da denúncia mais de 1 (um) ano, o crime imputado ao apelado está prescrito.

Ante o exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, declara-se extinta a punibilidade, ante a prescrição da pretensão punitiva do estado, nos termos dos artigos 107, IV, c.c. 109, VI, c.c. 110, § 2º, e 115, todos do Código Penal, e julga-se prejudicado o recurso ministerial**.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM PREJUDICADO E RECONHECERAM A PRESCRIÇÃO DO 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 Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 20 de outubro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Agravo Criminal n. 2011.026452-9 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – POLICIAL MILITAR QUE CUMPRE PENA EM REGIME ABERTO – PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA PARA A COMARCA DE AMAMBAI – VIABILIDADE – CUMPRIMENTO DA PENA EM LOCAL ONDE RESIDE SEUS FAMILIARES – LOCAL APROPRIADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO – RECURSO PROVIDO.

Havendo local adequado, poderá o policial militar que continua exercendo suas funções e cumpre pena em regime aberto, ser transferido para o local onde reside seus familiares.

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, prover o recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 24 de outubro de 2011.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Trata-se de agravo em execução aviado por Adriano Massaro em face da decisão de f. 185-6, proferida pelo Juiz de Direito da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande, que indeferiu o pedido de transferência para a comarca de Amambaí.

Alega a defesa que o agravante cumpre pena em regime aberto, é policial militar e possui família e residência na cidade de Amambai-MS, razão pela qual pode ser transferido para aquela comarca.

Assevera que a esposa do agravante está grávida de 7 meses, sendo que o reeducando necessita assistir seu filho que está para nascer.

Aduz que, diante das inúmeras dificuldades por ordem do cumprimento da reprimenda nesta Comarca de Campo Grande, a pena esta passando da pessoa do condenado para a sua família.

Salienta, por fim, que o agravante possui um comportamento satisfatório desde a data de seu recolhimento no PMEFR/PMMS.

Assim, requer o provimento do presente agravo, para que seja deferida a transferência da guia de recolhimento para a comarca de Amambai-MS.

Em contraminuta de agravo, o Ministério Público requer o improvimento do recurso, mantendo-se intacta a decisão combatida.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso.

O julgamento foi convertido em diligência, a fim de que fosse consultado o magistrado da comarca de Amambai quanto à possibilidade de o agravante cumprir pena naquela comarca (f. 232).

O juiz da comarca de Amambai, em informações juntadas à f. 235, relatou que o estabelecimento penal do regime semiaberto e aberto daquela comarca se encontrava interditado em razão de um incêndio ocorrido local.

À f. 257, foi reiterado o pedido de informações, inclusive especificando se há vagas na comarca de Amambai para o regime aberto para condenado na condição militar, que cumpre pena em estabelecimento diferente do condenado comum. Todavia, o magistrado limitou-se a fornecer cópia das mesmas informações anteriormente prestadas.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O agravo deve ser **provido**.

Infere-se dos autos que o juiz de instância singela indeferiu o pedido de transferência do agravante Adriano Massaro para a comarca de Amambai, pelo seguinte fundamento:

> Compulsando os autos, infere-se que o reeducando foi condenado nas penas do art. 303 *caput* c.c art. 53 *caput*, ambos do Código Penal Militar, a 3 (três anos) de reclusão em regime aberto.
>
> O sentenciado justifica o pedido de transferência, ao argumento que seus familiares residem na comarca de Amambai e sua esposa se encontra grávida, no sétimo mês de gestação.
>
> Porém, os fatos acima alegados, por si só, não asseguram ao reeducando o direito de cumprir a pena junto ao Presídio Militar, nos termos da lei Estadual n. 2.607, de 27 de janeiro de 2004, sendo que eventual autorização para cumprir a reprimenda em local diverso do previsto, implicaria na inércia do comando penal, pois, é certo que os fins propostos para execução da pena ficaram prejudicados, eis que não haveria a plena execução, especialmente em razão de que os fatos delituosos ocorreram naquela região.
>
> [...]
>
> Insta esclarecer, ainda, que a Justiça Castrense possui princípios mais rígidos, especialmente para garantir a finalidade da pena.

Posto isso, indefiro o pedido de transferência formulado por Adriano Massaro.

Em que pese a argumentação desenvolvida pelo magistrado de instância singela para indeferir o pedido formulado pelo agravante, entendo que não há nenhum óbice para a transferência dele para a comarca de Amambai-MS.

O art. 103 da Lei de Execução Penal concede o direito do condenado cumprir sua penal em local próximo a sua família, *in verbis:*

> Art. 103. Cada comarca terá, pelo menos, uma Cadeia Pública a fim de resguardar o interesse da administração da justiça criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

Nesse sentido está a jurisprudência do STJ:

> *HC* - EXECUÇÃO PENAL - ESTABELECIMENTO PENAL - TRANSFERÊNCIA - AGRAVO - A transferência de estabelecimento para a execução da pena, por si mesma, não configura ilícito penal. Busca-se, com isso, ajustar-se o interesse público e o interesse individual. Deve-se, todavia, atentar-se para princípios de execução, dentre os quais, manter a aproximação do condenado ao seu ambiente, compreende, em particular, e aproximação da família. Idôneo, dado a execução guardar características jurisdicionais. O - Agravo - para reexame da matéria. (*HC* n. 7.781/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 17.12.1998, DJ de 1.3.1999, p. 380).

Percebe-se da leitura do art. 103 da LEP e pela jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, que ao preso comum é garantido o direito de cumprir sua pena no local mais próximo de seu meio social e de seus familiares.

Sendo assim, em razão do princípio da igualdade, não visualizo motivo plausível para que não seja concedido o mesmo direito ao policial militar, que, no caso em epigrafe, está cumprindo sua pena em regime aberto e concomitantemente vem desenvolvendo suas funções como policial militar. Considera-se também o fato de que na localidade onde o agravante pretende ser transferido há local adequado para o cumprimento de sua no regime aberto, que é o Batalhão da Polícia Militar da Comarca de Amambai.

Registre-se, ainda, que a família do agravante reside na comarca de Amambai e sua esposa encontra-se grávida de 7 meses e necessita de cuidados especiais, o que torna indispensável a presença do agravante.

Assim, diante de circunstâncias concretas, por questão de humanidade, justificada no princípio da dignidade da pessoa humana e no da igualdade, previstos respectivamente no art. 1º, III, e no art. 5º, *caput*, ambos da Constituição Federal, entendo que neste caso em especial é cabível e recomendável a transferência do condenado para a comarca de Amambai, inclusive isso será um estímulo para sua ressocialização, que é uma das finalidades da pena.

Aliás, nesse sentido há precedentes nesta Corte:

> EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA PARA CUMPRIMENTO DA PENA NA CIDADE ONDE RESIDE SUA FAMÍLIA – ALEGAÇÃO DO MAGISTRADO DE QUE O AGRAVANTE DEVE CUMPRIR PENA NO PRESIDÍO PENAL MILITAR – INEXISTÊNCIA DE CAUSA QUE IMPEÇA A TRANSFERÊNCIA – RECURSO PROVIDO.
>
> Não se vislumbra a existência de risco potencial à incolumidade física do agravante, até mesmo porque este cumprirá a reprimenda em regime aberto, em setor administrativo da polícia militar, portanto, não necessitará laborar em serviço ostensivo, bem como não há nenhum risco de ele ficar junto com presos comuns. (TJMS, Ag n. 2006.008593-4, Campo Grande, Rel. Des. João Batista da Costa Marques).

Por tais considerações, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao agravo para deferir a transferência do agravante Adriano Massaro para a comarca de Amambai, onde cumprirá sua pena em regime aberto no Batalhão da Polícia Militar daquela localidade.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Data venia, permito-me divergir parcialmente do e. relator.

Entendo que a transferência do agravante somente poderá ser deferida se houver vaga para cumprimento da pena em Amambai, e desde que não haja nenhum motivo que impeça a sua concessão.

Dessa forma, **dou provimento em parte** ao recurso interposto por Adriano Massaro, condicionando a sua transferência à existência de vaga.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, PROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 1º VOGAL.

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

Campo Grande, 24 de outubro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2011.027703-8 - Deodápolis
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA – ABSOLVIÇÃO – ACOLHIDA A TESE DE INIMPUTABILIDADE DO PACIENTE – APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO – DETERMINAÇÃO AINDA NÃO CUMPRIDA – PACIENTE QUE AGUARDA TRANSFERÊNCIA PARA O HOSPITAL PSIQUIÁTRICO NA DELEGACIA DE POLÍCIA DA COMARCA SEM TRATAMENTO ALGUM – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – ORDEM CONCEDIDA PARA CONVERTER A MEDIDA DE INTERNAÇÃO EM TRATAMENTO AMBULATORIAL ATÉ QUE EXISTA VAGA PARA O PACIENTE EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO.

Se ao paciente, considerado inimputável pelo conselho de sentença, foi aplicada a medida de segurança de internação em hospital psiquiátrico, caracteriza constrangimento ilegal aguardar, por prazo indeterminado, na cela da Delegacia de Polícia, sem tratamento algum, o surgimento de vaga em local adequado. Ordem concedida para converter a medida de internação em tratamento ambulatorial até que exista vaga para o paciente em hospital psiquiátrico.

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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de outubro de 2011.

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 do paciente Emiliano Alves de Jesus, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Deodápolis.

Alega a impetrante que o paciente, pronunciado como incurso no artigo 121 (homicídio), § 2º (qualificado), II (por motivo fútil) c.c. art. 14 (forma tentada) e art. 29 (concurso de pessoas), do CP c.c. art. 1º da Lei n. 2.252/54 (corrupção de menores), foi absolvido pelo conselho de sentença, pois os jurados concluíram pela inimputabilidade do paciente – art. 26 do CP.

Assim, *"em sentença, a autoridade coatora absolveu propriamente o paciente do delito de corrupção de menor (art. 1º, Lei n. 2.252/54), e impropriamente do delito de tentativa de homicídio, aplicando-lhe medida de segurança de internação em hospital psiquiátrico, pelo prazo inicial de 1 (um) ano"*. Todavia,

alega o impetrante que, o paciente encontra-se aguardando o cumprimento da decisão nas celas da Delegacia de Polícia de Deodápolis.

Assim, requer, liminarmente, a imediata colocação do paciente em liberdade ou conversão da medida de internação em tratamento ambulatorial e, no mérito, a ratificação da liminar e a consequente concessão da ordem.

A liminar foi indeferida pelo Des. Carlos Eduardo Contar, f. 76-7. As informações vieram às f. 81-1v.

Instada a se manifestar a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

A ordem deve ser concedida.

Busca o impetrante a imediata colocação do paciente (condenado ao cumprimento da medida de segurança de internação em hospital psiquiátrico, pelo prazo inicial de 1 (um) ano em liberdade ou conversão da medida de internação em tratamento ambulatorial e, no mérito, a ratificação da liminar e a consequente concessão da ordem.

Em informações noticiou a magistrada de instância singela que *"em que pese o fato do paciente não estar, momentaneamente, em local apropriado para cumprir a medida imposta, se uma vez solto, dificilmente será encontrado, não será submetido a tratamento médico, ao contrário terá seu quadro de saúdo agravado, e, ainda, correrá risco de morte, pois estará sujeito a todas as intempéries de um morador de rua"*.

Pois bem.

Em que pese toda a fundamentação da magistrada de instância singela, o fato é que o constrangimento ilegal do paciente é latente.

Conforme se observa, o paciente foi absolvido pelo conselho de sentença que o considerou inimputável.

O magistrado, Presidente do Conselho de Sentença, aplicou ao paciente a medida de segurança de internação em hospital psiquiátrico, pelo prazo inicial de 1 (um) ano em 7.7.2011.

Ocorre que até a presente data, aproximadamente 75 dias após a determinação de tal medida, o paciente encontra-se em local inapropriado ao que originariamente lhe foi imposto.

Ora, se o paciente, doente mental, que necessita de tratamento medicamentoso e médico constante encontra-se em uma cela da Delegacia de Polícia da comarca de Deodápolis, caracterizado o constrangimento ilegal que alberga a concessão da presente ordem de *habeas corpus*.

Nesse sentido o STJ:

> *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE VAGA EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMUM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

I. Imposta medida de segurança de internação, configura constrangimento ilegal a submissão do réu ao cumprimento de pena em presídio comum por mais de 1 ano, em razão da falta de hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado.

II. A insuficiência de recursos do Estado e a gravidade do delito praticado não servem como fundamentação idônea a ensejar a manutenção do paciente em regime prisional comum, quando lhe foi imposta medida de segurança.

III. Ordem concedida para determinar a transferência do paciente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, devendo, na falta de vaga, ser submetido a regime de tratamento ambulatorial, até que surja vaga em estabelecimento adequado à sua condição. (*HC* n. 207019/SP; *HC* n. 2011/0112532-2, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 18.8.2011, DJ de 31.8.2011)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. PACIENTE QUE PERMANECE HÁ MAIS DE 1 ANO CUSTODIADO EM PRESÍDIO COMUM. ALEGAÇÃO DE FALTA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA.

1. O entendimento desta Corte Superior é de que a manutenção de inimputável em prisão comum constitui constrangimento ilegal.

2. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

3. Ordem concedida, para que o Juízo da Execução, nos termos do art. 96, I do CPB, transfira o sentenciado para outro estabelecimento adequado e, em caso de total impossibilidade, com as cautelas devidas, considere a possibilidade de substituição da internação por tratamento ambulatorial. (*HC* n. 121.760/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 14.9.2009).

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. PACIENTE SUBMETIDO A MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. PERMANÊNCIA EM PRESÍDIO COMUM. ALEGADA FALTA DE VAGAS EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 2. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE.

1. É ilegal a prisão de inimputável sujeito a medidas de segurança de internação, mesmo quando a razão da manutenção da custódia seja a ausência de vagas em estabelecimentos hospitalares adequados à realização do tratamento.

2. Ordem concedida, em parte, para determinar a imediata transferência do paciente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, sendo que, na falta de vagas, deve ser o mesmo submetido a regime de tratamento ambulatorial até que surja referida vaga. (*HC* n. 81.959/MG, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJU de 25.2.2008).

Outrossim, em que pese a magistrada ter noticiado que solicitou uma vaga para o paciente em Hospital Psiquiátrico e não teve resposta, bem como não existe médico psiquiátrico na comarca que possa atender o paciente regularmente na Delegacia de Polícia, o fato é que o paciente não pode ficar *ad eternum* em local inapropriado esperando a benevolência do Estado para lhe dar um tratamento digno, respeitoso e adequado para a sua enfermidade.

Consigno ainda que, assim como ressaltou a autoridade apontada como coatora, o paciente, se solto, poderá fugir e não receber o tratamento adequado, bem como poderá representar perigo a sua própria pessoa. Porém, tais justificativas não têm o condão, por si sós, de abonar a segregação do paciente. Ao contrário, tais alegações só reforçam que a imediata necessidade de tratamento adequado.

Outrossim, ainda que no presente momento não exista vaga em hospital psiquiátrico, ideal para o tratamento do paciente, é incontroverso que na Delegacia de Polícia, sem o acompanhamento médico, a situação do paciente poderá até agravar-se.

Ante o exposto, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, concedo a presente ordem de *habeas corpus*, determinando a conversão da medida de internação em tratamento ambulatorial, como requerido pela Defensoria Pública Estadual até que exista vaga para o paciente em hospital psiquiátrico, momento em que deverá ser imediatamente transferido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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, Manoel Mendes Carli e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 3 de outubro de 2011.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO

Turmas do TJMS passam a ser denominadas Câmaras

De acordo com a Lei Estadual n. 4.136, publicada no Diário Oficial do Estado de 16 de dezembro de 2011, os órgãos julgadores do Tribunal de Justiça denominados "Turmas" passam a ser chamados de "Câmaras". A modificação ocorreu com intuito de padronizar as denominações no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul com relação ao restante do país.

O projeto de lei que visava a alterar a denominação dos órgãos julgadores foi aprovado pelo Tribunal Pleno do TJMS no dia 9 de novembro de 2011, em seguida foi encaminhado à Assembleia Legislativa.

Com a mudança, o Tribunal de Justiça deixa de utilizar a nomenclatura "Turma" para esses órgãos julgadores fracionários. Além disso, os avanços tecnológicos na área da informação - notadamente no campo da digitalização dos processos judiciais -, cada vez mais, exigem a uniformização dos procedimentos, tornando a padronização das nomenclaturas dos órgãos fracionários das cortes estaduais requisito essencial neste processo.

Autoria do Texto: Assessoria de Imprensa TJMS

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Divoncir Schreiner Maran

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2011.0011643 051
Mandado de Segurança n. 2011.008331-4 059
Apelação Cível n. 2011.027831-5 070

Dorival Renato Pavan

Apelação Cível n. 2011.026051-4 078
Apelação Cível n. 2011.029869-2 088
Apelação Cível n. 2011.033186-8 096

Fernando Mauro Moreira Marinho

Mandado de Segurança n. 2011.013290-9 105
Apelação Cível n. 2011.015417-0 111
Apelação Cível n. 2011.025023-8 123

Hildebrando Coelho Neto

Agravo Regimental em Precatório n. 2006.013391-2/0001-00 130
Agravo Regimental em Precatório n. 2008.008656-1/0001-00 139
Agravo Regimental em Petição n. 2011.016596-0/0001-00 142

João Batista da Costa Marques

Apelação Cível n. 2008.001051-7 145
Apelação Cível n. 2008.002881-3 150
Apelação Cível n. 2009.012674-1 155

João Maria Lós

Apelação Cível n. 2009.004186-9 160
Apelação Cível n. 2009.006306-1 168
Apelação Cível n. 2009.012269-5 171

Joenildo de Sousa Chaves

Apelação Cível n. 2011.007928-1 176
Apelação Cível n. 2011.023315-3 180
Apelação Cível n. 2011.030522-7 184

Josué de Oliveira

Apelação Cível n. 2011.007746-9 187
Apelação Cível n. 2011.008146-8 192
Apelação Cível n. 2011.029956-0 197

Julio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível n. 2011.026868-2 203
Apelação Cível n. 2011.028042-0 209
Apelação Cível n. 2011.033056-7 214

Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível n. 2011.029994-8 220
Apelação Cível n. 2011.033172-7 224
Apelação Cível n. 2011.034348-5 229

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Mandado de Segurança n. 2011.024377-6 232
Apelação Cível n. 2011.030341-2 237
Apelação Cível n. 2011.031690-7 240

Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível n. 2011.028376-3 243
Apelação Cível n. 2011.032568-3 252
Apelação Cível n. 2011.033554-3 257

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação Cível n. 2011.026265-9 261
Apelação Cível n. 2011.028942-8 268
Apelação Cível n. 2011.031237-0 273

Paschoal Carmello Leandro

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.035531-5 285
Apelação Cível n. 2011.009026-1 292
Apelação Cível n. 2011.027175-1 300

Paulo Alfeu Puccinelli

Apelação Cível n. 2011.026044-2 303
Apelação Cível n. 2011.026681-5 308
Apelação Cível n. 2011.028081-5 313

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação Cível n. 2011.029778-6 321
Agravo n. 2011.029875-7 324
Apelação Cível n. 2011.034279-9 327

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação Cível n. 2011.027790-4 334
Apelação Cível n. 2011.032191-5 339
Apelação Cível n. 2011.032398-8 343

Sérgio Fernandes Martins

Apelação Cível n. 2010.037140-5 347
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2011.028515-2/0001-00 354
Agravo Regimental em Agravo n. 2011.028962-4/0001-00 357

Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível n. 2011.023923-4 361
Apelação Cível n. 2011.028691-0 367
Reexame de Sentença n. 2011.028891-4 372

Tânia Garcia de Freitas Borges

Agravo Regimental em Agravo n. 2011.024585-9/0001-00 378
Mandado de Segurança n. 2011.024735-8 382
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2011.028064-0/0001-00 392

Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível n. 2011.017499-0 395
Apelação Cível n. 2011.023577-9 399
Apelação Cível n. 2011.028389-7 406

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação Criminal n. 2011.026944-0 411
Apelação Criminal n. 2011.027438-6 418
Habeas Corpus n. 2011.028160-4 421

Claudionor Miguel Abss Duarte

Reclamação em *Habeas Corpus* n. 2010.000091-5/0002-00..... 424
Revisão Criminal n. 2011.030147-0 428
Habeas Corpus n. 2011.030326-1 432

Dorival Moreira dos Santos

Revisão Criminal n. 2011.013416-1 437
Habeas Corpus n. 2011.018904-9..... 441
Apelação Criminal n. 2011.020338-7 454

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação Criminal n. 2011.010838-6 460
Apelação Criminal n. 2011.014763-2 467
Apelação Criminal n. 2011.030241-0 475

João Carlos Brandes Garcia

Revisão Criminal n. 2011.004477-6 481
Agravo Criminal n. 2011.010551-7 487
Agravo Criminal n. 2011.035163-3 490

Manoel Mendes Carli

Apelação Criminal n. 2011.026720-2 494
Apelação Criminal n. 2011.030690-6 503
Apelação Criminal n. 2011.033399-6 508

Marilza Lúcia Fortes

Apelação Criminal n. 2011.021767-8 512
Conflito de Competência n. 2011.027757-1..... 514
Habeas Corpus n. 2011.028478-9 517

Romero Osme Dias Lopes

Apelação Criminal n. 2011.020744-0 520
Agravo Criminal n. 2011.026452-9 522
Habeas Corpus n. 2011.027703-8..... 526

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE
DE ASSUNTO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação civil pública

Cumprimento de sentença. Ajuizamento da ação no Estado de São Paulo. Limites. Jurisdição órgão julgador. (2011.029778-6).....321

Ação de cobrança

Aluguel. Encargos. Pagamento. Credor putativo. Quitação. Danos causados ao imóvel. Indevidos. (2011.032398-8).....343

Comissão de corretagem. Contrato verbal. Percentual contratado. (2011.028691-0) 367

Compra e venda. Veículo. Desistência. Inadimplemento. Observância do princípio da boa-fé objetiva. (2011.017499-0).....395

Ação direta de inconstitucionalidade

Feriado estadual. Dia da consciência negra. Procedente. (2010.035531-5) 285

Lei municipal. Regulamentação. Local. Horário de eventos festivos. Fixação de limite de tolerância. Poluição sonora. (2011.001164-3) 051

Ação monitória

Outorga uxória. Fiança. Nulidade. Correção monetária. Termo inicial. (2009.004186-9).....160

Ação popular

Extinção por inadequação. Dano ao erário público. Custas. Despesas processuais. (2011.027790-4) 334

Adicional de insalubridade

Cobrança. Redução de percentual. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial. (2008.002881-3).....150

Agravo regimental

Acórdão proferido por Turma Recursal. Matéria de mérito. Descabimento. Recurso improvido. (2011.016596-0/0001-00) 142

Interposição via *fax*. Remessa da peça original. Interposição extemporânea. Recurso intempestivo. (2011.028064-0/0001-00) 392

Arrolamento sumário

Homologação por sentença. Partilha. Intimação. Fazenda Pública. Desnecessidade. (2011.029956-0) ...197

Condomínio

Regras internas do condomínio. Descumprimento pelo locatário. Alteração de fachada de edifício. Ação proposta exclusivamente pela proprietária. Ilegitimidade ativa. (2011.025023-8).....123

Taxa. Cobrança. Alienação do imóvel. Ciência do condomínio. Não ocorrência. Responsabilidade do promitente vendedor. (2011.023315-3).....180

Contrato de seguro

Ação de cobrança. Veículo roubado. Bem recuperado. Dano moral. Indenização indevida. (2011.033554-3).....257

Cobertura securitária. Veículo sinistrado. Motorista sem habilitação. Indenização indevida. (2011.026051-4).....078

Cumprimento de sentença

Obrigação de fazer. Multa diária. Intimação pessoal. Honorários advocatícios. Equidade. Fixação em valor razoável. (2011.007928-1).....176

Embargos de terceiro

Contrato de gaveta. Interesse de menores. Intervenção do MP. Adjudicação. Ausência de nulidade. Ciência da hipoteca. (2009.012269-5).....171

Execução. Alienação do bem. Fraude à execução. Registro de penhora. Terceiro de boa-fé. Fraude não configurada. (2011.029869-2).....088

Mulher casada. Ato ilícito. Penhora. Meação. Inadmissibilidade. (2011.029994-8).....220

Penhora. Veículo. Execução fiscal. Prova da propriedade. Presunção de posse. Penhora desconstituída. (2011.027175-1).....300

Penhora não registrada. Imóvel adquirido de boa-fé. Fraude à execução. Inocorrência. Levantamento da penhora. (2011.008146-8).....192

Execução

Bens penhoráveis não localizados. Suspensão deferida. Extinção por ausência de interesse processual. Metas do CNJ. Impossibilidade. Prescrição intercorrente. Não ocorrência. (2011.031690-7).....240

Homologação. Avaliação. Perícia judicial. Bem imóvel. Litigância de má-fé. Não comprovação. (2011.029875-7).....324

Título extrajudicial. Detran. Cobrança. Parcelamento de multa. Veículo transferido a terceiro. Responsabilidade solidária. Não ocorrência. (2009.006306-1).....168

Fiança

Outorga uxória. Não ocorrência. Penhora. Bem de família. Impenhorabilidade. (2011.026868-2).....203

Imissão na posse

Escritura pública. Compra e venda. Propriedade comprovada. Posse injusta. Ausência de usucapião. (2011.033056-7).....214

Imposto

ICMS. Aquisição de mercadorias. *Internet*. Incidência da alíquota interestadual. Recolhimento de mercadoria. Impossibilidade. (2011.013290-9).....105

Operação interestadual. Aquisição de mercadoria. ICMS. Alíquota interestadual menor. Multa. (2011.015417-0).....111

Indenização

Benfeitorias. Promessa de compra e venda. Rescisão de contrato. Pedido em ação autônoma. Possibilidade. (2011.034348-5).....229

Bloqueio de serviço de telefonia. Prestação de serviço defeituoso. Mero aborrecimento. Dano moral. Indenização indevida. (2011.028942-8).....268

Cessão de crédito. Ausência de notificação do cedido. Inscrição do devedor nos cadastros de proteção ao crédito. Dano moral. Indenização devida. (2011.031237-0).....273

Compra e venda. Produto defeituoso. Troca. Persistência dos defeitos. Irregularidade não sanada. Dano moral. Dever de indenizar. (2011.032568-3).....252

Condução à delegacia para prestar esclarecimentos. Investigação criminal. Mero aborrecimento. Dano moral. Não ocorrência. (2011.028515-2/0001).....354

Curso de capacitação de docente. Não reconhecimento pelo MEC. Dever de indenizar. Dano moral e material. (2011.033172-7).....224

Dano moral. Cessão de crédito. Notificação do devedor. Observância. Inscrição indevida. Dano moral configurado. Restituição em dobro. (2011.023577-9).....237

Dano moral. Inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito. Descumprimento de ordem judicial. Dano moral configurado. *Quantum* indenizatório. (2011.030341-2).....399

Inscrição de nome de empresa no cadastro de inadimplentes. Indenização devida. Pessoa física. Dano moral autônomo. Não comprovação. (2011.032191-5).....339

Inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito. Fraude. Contratação de financiamento. Veículo. Dano moral. *Quantum* indenizatório. Razoável. (2011.034279-9).....329

Mandado de prisão cível. Intimação. Procurador da executada. Ilegalidade da prisão. Afastada. Danos morais inexistentes. (2011.030522-7).....184

Medidor de energia elétrica. Irregularidade. Apuração unilateral. Interrupção no fornecimento. Impossibilidade. Dano moral. Indenização devida. (2011.027831-5).....070

Roubo de carga. Força maior. Responsabilidade. Exclusão. (2011.028042-0).....209

Transporte aéreo. Cancelamento de voo. Acidente com aeronave. Falha na prestação de serviço. Ausência de assistência. Danos materiais e morais configurados. (2011.023923-4).....361

Infração de trânsito

Retenção de veículo. Prazo mínimo de custódia. Impossibilidade. Liberação de veículo. Pagamento de multa. Ilegalidade. Ausência de notificação. (2011.028891-4).....372

Interdito proibitório

Proteção possessória. Imóvel de domínio público. Posse não configurada. Mera detenção. (2011.007746-9).....187

Mandado de segurança

Apreensão de mercadorias. Irregularidade fiscal. Impossibilidade. ICMS. Comodato. Não incidência. (2011.024735-8).....382

Ato judicial. Agravo de instrumento. Intimação da parte agravada para resposta. Inexistência de citação no processo principal. Representação nos autos. Desnecessidade. (2011.008331-4).....059

Renovação da inscrição estadual. Produtor rural. Contrato de arrendamento. *Sub judice*. Anuência do proprietário do bem. Afronta ao direito líquido e certo. (2011.026044-2) 303

Royalties recebidos pelo Município. Exploração de recursos hídricos. Geração de energia. Repasse de duodécimo. Câmara municipal. (2011.026681-5) 308

Penhora

Ação de despejo por falta de pagamento. Bloqueio de 30% sobre conta-salário. Possibilidade. (2011.024585-9/0001).....378

Contrato de locação. Fiança. Bem de família. Exceção. Possibilidade. (2008.001051-7) 145

Penhora *on-line*

Execução por quantia certa. Manifestação do credor. Não ocorrência. Ato ilegal. Princípio do devido processo legal. (2011.024377-6).....232

Plano de saúde

Cirurgia. Doença pré-existente. Sonegação de informação. Má-fé. Dano moral. Indenização indevida. (2011.033186-8).....096

Contrato. Área regional de abrangência. Infarto. Procedimento de urgência. Possibilidade. Cláusula abusiva. (2011.028081-5).....313

Serviços não cobertos pelo plano. Restituição de valores. Cirurgia. Exclusão de cobertura. Indenização. Dano moral configurado. (2011.009026-1).....292

Tratamento médico quimioterápico. *Fumus boni iuris*. *Periculum in mora*. Demonstrados. Decisão mantida. (2011.028962-4/0001).....357

Precatório

Pagamento preferencial. Repetição do pedido. Impossibilidade. (2008.008656-1/0001-00).....139

Requisição de pagamento. Prevalência de acordo entre as partes. Impossibilidade. (2006.013391-2/0001-00) 130

Rescisão de contrato

Arrendamento agrícola. Pagamento das safras ajustadas. Não ocorrência. Frustração da colheita. Estiagem prolongada. Teoria da imprevisão. Inaplicável. (2011.026265-9) 261

Responsabilidade civil

Acidente causado pelo motorista da empresa empregadora. Danos existentes. Culpa concorrente. Afastada. Dano moral. Indenização devida. (2010.037140-5).....347

Município. Erro médico. Caracterizado. Dano moral. Q*uantum* indenizatório. Majorado. (2011.028376-3) 243

Revisão contratual

Saldo residual. Publicidade enganosa. Previsão contratual. Parcelas limitadas ao valor do salário-mínimo. (2009.012674-1).....155

Seguro obrigatório – DPVAT

Indenização. Perda dentária. Invalidez permanente. Não comprovação. (2011.028389-7).....406

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Apelação criminal

Restituição de bem apreendido. Tráfico de drogas. Aquisição lícita. Liberação para uso. Fiel depositário. Possibilidade. (2011.030690-6) 503

Apropriação indébita

Advogado. Procuração. Levantamento de valores. DPVAT. Prescrição. Extinção da punibilidade. (2011.030241-0).....475

Conflito de competência

Sursis. Vara da violência doméstica contra a mulher. Competência. Central de execução de penas alternativas. (2011.027757-1).....514

Crime ambiental

Transporte de pescado fora da medida. Cerceamento de defesa. Ofensa ao devido processo legal. Nulidade processual. Acolhida. (2011.033399-6) 504

Crime contra a relação de consumo

Venda de alimento em condições impróprias para consumo. Desclassificação do delito para a modalidade culposa. Não provimento. (2011.027438-6) 418

Crime de estupro

Atentado violento ao pudor. Continuidade delitiva. Benefício aplicável de forma retroativa. Redução da pena. Revisão deferida. (2011.004477-6) 481

Crime de tortura

Desclassificação. Lesão corporal leve. Inexistência de provas robustas. Prescrição retroativa. Extinção da punibilidade. (2011.026720-2).....494

Embriaguez ao volante

Sentença condenatória. Absolvição. Medidor de alcoolemia. Verificação anual. Inmetro. Prazo vencido. Sentença reformada. (2011.014763-2).....467

Execução de pena

Regime domiciliar. Comarca do interior. Ausência de estrutura. Cumprimento da pena. Impossibilidade. (2011.010551-7).....487

Execução penal

Policial militar. Estabelecimento penal. Transferência. Viabilidade. Cumprimento da pena em regime aberto. (2011.026452-9).....522

Habeas Corpus

Calúnia. Suspeição e impedimento do juízo. Inépcia da denúncia. Inadequação da via eleita. Deficiência da instrução. Não conhecimento. (2011.030326-1).....432

Desobediência. Trancamento da ação penal. Inadequação da via eleita. Prescrição retroativa. Inocorrência. (2011.028478-9).....517

Execução penal. Medida de segurança. Ausência de vaga em hospital psiquiátrico. Permanência em cela de delegacia. Constrangimento ilegal. Ordem concedida. Paciente submetido a tratamento ambulatorial. (2011.027703-8).....526

Furto em repouso noturno. Reiteração criminosa. Garantia da ordem pública. Não concessão. (2011.028160-4).....421

Trancamento de ação penal. Corrupção passiva. Denúncia baseada em inquérito policial. Notificação do acusado. Desnecessidade. Ordem denegada. (2011.018904-9) 441

Desacato

Resistência. Prescrição retroativa. Agente menor de 21 anos de idade. Extinção da punibilidade. (2011.021767-8).....512

Peculato

Absolvição. Insuficiência de provas. Improcedente. Autoria e materialidade comprovada. Desclassificação. Apropriação indébita. Não acolhida. (2011.010838-6).....460

Porte ilegal de arma de fogo

Uso de documento falso. Identificação criminal. Condenação em nome de terceira pessoa. Anulação da condenação. Exclusão dos efeitos da sentença. (2011.030147-0) 428

Prestação pecuniária

Redução. Hipossuficência da requerente. Empregada doméstica. Defesa patrocinada pela Defensoria Pública. Revisão deferida. (2011.013416-1).....437

Progressão de regime prisional

Execução penal. Estrangeiro não residente no país. Possibilidade. (2011.035163-3).....490

Receptação qualificada

Receptação culposa. Desclassificação. Impossibilidade. Pessoa proprietária de estabelecimento comercial. Aquisição de joias furtadas. Indenização. Não acolhida. (2011.020338-7).....454

Reclamação

Habeas corpus. Prisão domiciliar. Cumprimento de pena. Regime aberto. Inadequação da cadeia pública. Estado de saúde do requerente. Reclamação acolhida. (2010.000091-5/0002-00) 424

Violação de domicílio

Prescrição retroativa. Réu menor de 21 anos. Prazo reduzido pela metade. Extinção da punibilidade. (2011.020744-0).....520

Violência doméstica

Ameaça. Lesão corporal. *Sursis* processual. Continuidade delitiva. Inaplicabilidade. Substituição da pena privativa de liberdade. Réu reincidente. (2011.026944-0).....411