# Revista Trimestral de Jurisprudência

# TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 30 – n. 172
Abril a Junho de 2009





Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

# Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 30 - n. 172 - Abril-Junho de 2009

## EXPEDIENTE

**REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA**

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

*Ano 30, n. 172*

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

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

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

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

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

CDD 340.68171

### Elaboração

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

### Capa

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

### Revisão

Alcione Luzia Soares de Moraes

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

## Diretoria

Presidente - Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins

Vice-Presidente - Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Josué de Oliveira

## Tribunal Pleno

**(em ordem de antiguidade)**

Des. Rêmolo Letteriello

Des. Rubens Bergonzi Bossay

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Carlos Brandes Garcia

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins

Des. Luiz Carlos Santini

Des. Josué de Oliveira

Des. Joenildo de Sousa Chaves

Des. Atapoã da Costa Feliz

Des. Hildebrando Coelho Neto

Des. João Maria Lós

Des. Ildeu de Souza Campos

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Des. João Batista da Costa Marques

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Desª. Marilza Lúcia Fortes

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

# SUMÁRIO


## Doutrina

Tribunal do Júri. Reflexões sobre a possibilidade de nova tese defensiva na tréplica. O recente julgamento do HC n. 61.615/MS, pelo Superior Tribunal de Justiça. Carlos Alberto Garcete.....007

**Jurisprudência Cível**.....010

**Jurisprudência Criminal**.....325

**Noticiário**.....408

## Índice Onomástico

Jurisprudência Cível .....416

Jurisprudência Criminal .....419

## Índice de Assunto

Jurisprudência Cível .....421

Jurisprudência Criminal .....425

Revista
Trimestral de
Jurisprudência

TJMS

# DOUTRINA



# TRIBUNAL DO JÚRI. REFLEXÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE NOVA TESE DEFENSIVA NA TRÉPLICA. O RECENTE JULGAMENTO DO HC N. 61.615/MS, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Carlos Alberto Garcete

Juiz de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri em Campo Grande, Mato Grosso do Sul

Em fevereiro deste ano, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, por maioria, e contra o parecer do Ministério Público Federal, no julgamento do HC n. 61.615/MS, fixou o entendimento de que a apresentação de nova tese defensiva, por ocasião da tréplica, não constitui ofensa ao princípio constitucional do contraditório.

Consta desse caso concreto que o tribunal de origem teria negado provimento ao recurso da defesa, afirmando que inovara na tese defensiva surgida durante a fase da tréplica, o que causou surpresa à acusação, uma vez que não tivera oportunidade de contraditório, razão por que esse tribunal manteve a decisão do juiz de primeira instância, que não teria *quesitado* a nova tese.

No STJ, a ordem de *habeas corpus* foi concedida para o fim de anular o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri.

O tema em comento merece algumas reflexões, quer seja pela relevância de seu conteúdo, quer seja pelo precedente que servirá de orientação a milhares de julgamentos por todos os quadrantes do território nacional (*leading case*).

O sistema processual, tanto no âmbito civil, quanto no âmbito criminal, segue um caminhar avante, uma progressão, o que se justifica até mesmo pela própria etimologia do termo *processo*. Por isso, ao se observar qualquer procedimento existente no ordenamento jurídico pátrio, é perceptível a evolução lógica das fases e dos atos processuais, de maneira perfeita, a culminar, em última razão, na fiel observância da cláusula constitucional do ***due process of law.***

No que diz respeito ao rito (especial) do tribunal do júri, especificamente durante a sessão de julgamento, há, como cediço, a fase dos *debates orais.* Nessa etapa, o Código de Processo Penal prevê que o Ministério Público terá o tempo de 1 hora e 30 minutos para produzir a acusação, sendo que, em seguida, o defensor disporá de igual tempo para produzir a defesa. Findadas essas duas etapas, é facultado ao MP oferecer a *réplica* e à Defesa a *tréplica,* para o que disporá, cada parte, de 1 hora (de acordo com a Lei Federal n. 11.689/2008).

É de notar-se que as etapas de produção da acusação e da defesa são *imprescindíveis*, enquanto que as etapas de réplica e de tréplica dependem de expressa manifestação das partes litigantes, ou seja, são *facultativas*. Por isso, o parágrafo quarto do art. 476 do CPP preceitua que a acusação *poderá* replicar e a defesa treplicar.

Ora, se o procedimento tem uma evolução lógico-jurídica, não há qualquer dúvida acerca das distinções antes destacadas. Com efeito, como se trata de uma ação penal, pela qual o Estado deduz a pretensão punitiva, é mister que os limites da acusação sejam apresentados e provados ao conselho de sentença, que tem a incumbência constitucional de julgar o caso submetido a julgamento, o que se faz na fase do art. 476 do Código de Processo Penal, ao passo que o réu terá igual tempo para que seu defensor possá exercitar o irrenunciável direito à plenitude de defesa (art. 476, § 3º).

Satisfeitas tais etapas, segue-se a faculdade da *réplica* - cujo vocábulo significa, de acordo com o conhecido Dicionário Aurélio, combater com argumentos, contestar, refutar, redarguir – e da *tréplica* – que, consoante o mesmo dicionário, tem a acepção de resposta a uma réplica.

Nessa ordem das coisas, o sistema afigura-se perfeito, porquanto está a observar o devido processo legal e a predita amplitude de defesa, o que faz comprovar o estágio do atual Estado Democrático de Direito e o respeito aos movimentos atuais de invocação do *garantismo*.

Depreende-se, pois, que as fases (facultativas) de *réplica* e de *tréplica* destinam-se, exclusivamente, a rebater argumentos anteriores; esclarecer questões postas nos debates pelas partes, a fim de evitar equívocos de interpretações dos debatedores e, até, inverdades ditas na discussão da causa. Essa conclusão é tirada, de forma clarividente, do próprio rito em comento (CPP, art. 476).

Esse, aliás, o entendimento esposado pelo relator do HC em epígrafe, Ministro Hamilton Carvalhido, a despeito de vencido no julgamento.

No entanto, o voto condutor, da lavra do Ministro Nilson Naves, consignou que é possível que a defesa apresente novas teses por ocasião da tréplica. Consubstanciou-se no primado da plenitude de defesa (Constituição Federal, art. 5º, incisos XXXVIII, alínea "a", e LV). Ressaltou que era o suficiente para decidir-se em favor da liberdade.

O viso sinalado pelo voto vencedor arvora-se num suposto *conflito aparente de normas;* na existência de normas de opostas inspirações ideológicas (antinomia de princípios), caso em que a solução seria privilegiar a liberdade.

A propósito, não se controverte acerca da resolução apontada pela doutrina para aqueles casos em que o operador do direito, diante do caso concreto, esteja a enfrentar a denominada *colisão de princípios,* no que se deve aplicar a *ponderação,* a *proporcionalidade,* para solucionar a ***vexata quaestio***.

Lembra Gilmar Mendes[1] que o postulado da *proporcionalidade* em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz que, quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Ocorre que a inovação substancial da tese defensiva em sede da *tréplica* em nada se relaciona com conflito aparente de normas constitucionais. Não se trata de caso concreto em que o juiz, para decidir, está à frente de dois princípios aparentemente colidentes.

A perquirição da possibilidade de alterar-se substancialmente a tese defensiva por ocasião da tréplica põe-se no plano da hermenêutica; da técnica de interpretação do sistema procedimental do tribunal do júri conforme a Constituição Federal (interpretação conforme a Constituição, na vetusta lição de Canotilho), assegurando às partes, em cada ato dos trabalhos em plenário, que se respeite o princípio maior do devido processo legal.

Nesse sentido, permitir que, em tréplica, a defesa apresente teses que não foram expendidas no momento em que a própria lei processual faculta que se faça, é desvirtuar o conceito de processo; é retroceder no rito; é surpreender uma das partes do processo, causando-lhe inegável prejuízo.

Assim, se o defensor do acusado, operador do direito técnico que conhece o procedimento, deixa de apresentar todas as teses de defesa em favor do representado, no momento legal que tem para fazê-lo, não é

1 **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 27.

lícito, extemporaneamente, invocar a plenitude de defesa ou sustentar, indevidamente, cerceamento de defesa. Tenha-se presente que cerceamento de defesa não deve ser confundido com deficiência de defesa.

E, se essa inovação na tréplica ocorre por *estratégia,* é forçoso concluir que a situação é ainda pior, por violação do princípio da lealdade das partes. O processo não pode ser tratado como um jogo de estratagemas com o fito de obstar a reação da parte contrária.

Plenitude constitucional da defesa, à evidência, deve ser preservada pelo juiz presidente. Por essa razão, se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei o isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os requisitos correspondentes (redação do art. 484, inciso III, do CPP, antes da Lei n. 11.689/2008). No mesmo sentido, a atual redação do art. 482. Entrementes, no momento processual consentâneo, em nome do princípio da segurança jurídica, que significa que o processo deve ter a previsibilidade necessária das partes envolvidas.

Por fim, ao se invocar o inciso LV do art. 5º da Carta Magna, cumpre não perder de vista que essa garantia não é, **tão-somente**, da *ampla defesa*. Há uma conjunção coordenativa aditiva **"e"**. A garantia é de *contraditório* e de *ampla defesa*.

Significa que todas as teses jurídicas e provas no processo estão sujeitas ao *contraditório*, ou seja, à impugnação da parte contrária. Uma parte não pode ter subtraído o direito de ter ciência dos atos praticados pela parte contrária e poder contrariá-los.

É exatamente por fiel observância da *ampla defesa* e *contraditório* que o supracitado art. 476 do CPP prevê etapa de produção da acusação, de exercício da plenitude da defesa do acusado e, facultativamente, de *réplica* e de *tréplica*.

Quando se admite inovação na tréplica, é cristalina a ofensa direta à garantia constitucional de a parte adversa - Ministério Público - exercer o contraditório, uma vez que é surpreendida com argumentos e teses sobre as quais não pode manifestar-se, haja vista que o momento para tal agir ocorreu quando do exercício da *réplica*.

Com a inovação de uma das partes, o conselho de sentença julgará sem ter levado em conta o contraditório, o que, a rigor, é fundamental a quem deva julgar.

Nesse sentido, o magistério de Antonio Scarance Fernandes: *"em razão da garantia do contraditório no processo penal, não se admite que uma parte fique sem ciência dos atos da parte contrária e sem oportunidade de contrariá-los. Deve-se, por isso, entender que a Constituição, ao consagrar o contraditório no art. 5º, LV, garante-o no processo criminal a ambas as partes, não somente ao acusado, mas também ao Ministério Público"*[2].

É também o posicionamento dos consagrados Hermínio Alberto Marques Porto[3], Damásio de Jesus[4] e Fernando Capez[5]. *A contrario sensu*, cumpre destacar os respeitados entendimentos de Guilherme de Souza Nucci[6] e Adriano Marrey[7].

Por corolário, não há como se admitir a inovação de teses defensivas, por ocasião do oferecimento de *tréplica* - cuja finalidade é rebater o que já foi dito -, sob pena de flagrante violação à garantia constitucional do contraditório, que (frise-se) deve ser assegurada a ambas as partes litigantes.

2 **Processo Penal Constitucional.** 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 62-3.
3 **Júri**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 125-6.
4 **CPP Anotado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 398-9.
5 **Curso de Processo Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 575
6 **Tribunal do Júri.** São Paulo: RT, 2008. p. 206.
7 **Teoria e Prática do Júri**. 7. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 365.

Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

# JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



# Apelação Cível n. 2008.019150-1 - Campo Grande
## Quarta Turma Cível
## Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE COBRANÇA – EMPRESA DE AVIAÇÃO – SOCIEDADE EMPRESÁRIA DE TURISMO – VENDA DE PASSAGENS – CARTÃO DE CRÉDITO CLONADO – CAUTELA DA CONSOLIDADORA – FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE – RECURSO PROVIDO.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de maio de 2009.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Time Tour Turismo Ltda. recorre da sentença proferida nos autos da ação declaratória de nulidade de cobrança ajuizada em desfavor de Tam – Linhas Aéreas S.A.

A sentença consiste na improcedência do pedido de nulidade da cobrança realizada pela Tam – Linhas Aéreas S.A. – em face da recorrente, por ter o magistrado reconhecido que a apelante faltou com o dever de cuidado e diligência ao efetuar a venda de bilhete aéreo por meio de cartão de crédito clonado, além de existir disposição contratual expressa em que a agência de turismo assume a responsabilidade pelas passagens vendidas por meio de cartão.

A recorrente pede a reforma da sentença com a consequente inversão do ônus da sucumbência sob a alegação de que agiu com a diligência necessária para o caso e que o contrato celebrado entre as partes, que prevê a responsabilização da agência de turismo pelas transações realizadas com cartões de crédito e não aprovadas pelas administradoras, somente foi assinado em novembro de 2008, porém as passagens foram vendidas em outubro de 2004.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

## VOTO

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

Time Tour Turismo Ltda. recorre da sentença proferida nos autos da ação declaratória de nulidade de cobrança ajuizada em desfavor de Tam – Linhas Aéreas S.A.

A sentença consiste na improcedência do pedido de nulidade da cobrança realizada pela Tam – Linhas Aéreas S.A. – em face da recorrente, por ter o magistrado reconhecido que a apelante faltou com o dever de cuidado e diligência ao efetuar a venda de bilhete aéreo por meio de cartão de crédito clonado, além de existir disposição contratual expressa em que a agência de turismo assume a responsabilidade pelas passagens vendidas por meio de cartão.

> A recorrente pede a reforma da sentença com a consequente inversão do ônus da sucumbência sob a alegação de que agiu com a diligência necessária para o caso e que o contrato celebrado entre as partes, que prevê a responsabilização da agência de turismo pelas transações realizadas com cartões de crédito e não aprovadas pelas administradoras, somente foi assinado em novembro de 2008, porém as passagens foram vendidas em outubro de 2004.

Em 28.8.2007, acompanhei o Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins no julgamento da Apelação n. 2006.004819-4, envolvendo as mesmas partes e com situação fática idêntica a destes autos, *in verbis:*

> Tam Linhas Aéreas S. A., nos autos da Ação de Nulidade (com requerimento de antecipação dos efeitos da tutela) que lhe move Time Tour Turismo Ltda., inconformada com a sentença de procedência do pedido inicial, que decretou a nulidade da cobrança do débito, condenando-a ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, interpõe Recurso de Apelação.
>
> A Time Tour Turismo Ltda. promove esta Ação de Nulidade em desfavor da Tam Linhas Aéreas S. A., objetivando a decretação da nulidade do título de crédito emitido por essa transportadora, sob o argumento de que não tem responsabilidade em relação à causa que lhe deu origem.
>
> O magistrado singular julgou procedente o pedido, decretando a nulidade tanto do título quanto da cobrança de seus valores. A sentença foi desafiada pelo presente recurso. A recorrente sustenta que a exigibilidade do título deve ser mantida.
>
> Afirma que, embora mantenha um contrato com a administradora de cartão de crédito e que tenha operado os vôos, as passagens foram irregularmente vendidas, razão pela qual a sociedade empresária de turismo deve arcar com os prejuízos da fraude dos cartões de crédito.
>
> O caderno processual demonstra que, no final do ano de 2004, a sociedade de turismo solicitou passagens à transportadora aérea a pedido de alguns clientes mediante a facilidade de cartão de crédito.
>
> As transações foram realizadas na página eletrônica ("site") da Tam Linhas Aéreas S. A., e a Time Tour Turismo Ltda., como se exigia normalmente, obteve autorização das administradoras de cartão, conforme se vê do Código de Aprovação contido em cada Formulário de Lançamento de Venda a Crédito (CCCF).
>
> No entanto, ainda que tenha autorizado expressamente as transações, as administradoras de cartão se negaram a pagar as passagens aéreas, sob a alegação de uso fraudulento dos cartões de crédito ("cartão clonado"). E pretendendo não ficar no prejuízo, a Tam Linhas Aéreas S. A. efetuou lançamento de débito contra a Time Tour Turismo Ltda.

> É incontroverso que houve clonagem de cartão de crédito, consoante se constata do Termo de Assentada (f. 253), *verbis:*
>
> Em seguida pelo magistrado foi questionado e as partes responderam positivamente para reconhecer que em todas as operações questionadas a autora aceitou a venda de passagens da requerida através de pedido de cliente para pagamento por operação de cartão de crédito e que naquela modalidade a administradora do cartão emitiu, eletronicamente, no momento da proposta da venda, uma resposta positiva autorizando a operação. Entretanto, após a emissão das passagens e utilização do serviço, a administradora constatou ter ocorrido fraude pelo uso do expediente conhecido como "cartão clonado".
>
> É certo que a consolidadora (sociedade de turismo), na sua esfera de atuação, tomou as cautelas necessárias na apuração da idoneidade dos portadores do cartão de crédito, sobretudo porque consultou as administradoras de cada cartão por meio de Termo de Autorização de Débito de Compra de Passagem Aérea Nacional, e só consolidou a venda quando obteve da operadora de cartão o Código de Aprovação, que consta em cada Formulário de Lançamento de Venda a Crédito (CCCF).
>
> Assim, embora não deva arcar com o prejuízo, a recorrente não pode imputar dívida à autora, notadamente porque o prejuízo decorreu exclusivamente em razão de fato de terceiro. Aliás, guardadas as peculiaridades de cada caso concreto, este Tribunal de Justiça já decidiu caso semelhante:
>
> AÇÃO DE COBRANÇA – CONSOLIDADORA QUE EXTRAPOLA SUAS FUNÇÕES DE INTERMEDIAÇÃO PAGANDO DÍVIDA DE CONSUMIDOR PERANTE A COMPANHIA AÉREA – PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO EM FACE DA AGÊNCIA DE TURISMO – INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE POR AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO CONTRATUAL – ILEGITIMIDADE DE PARTE VERIFICADA – RECURSO PROVIDO. As consolidadoras são empresas que viabilizam a mera intermediação de serviços prestados pelas companhias aéreas para os agentes de viagens em prol dos consumidores finais. Verificado, no caso concreto, que a empresa de turismo, dentro de sua esfera de atuação, tomou os cuidados necessários na apuração da idoneidade dos cartões de crédito utilizados na compra das passagens, e, demonstrada a ausência de disposição escrita responsabilizando a agência pelos débitos contraídos mediante o referido meio eletrônico, deve a mesma ser considerada parte ilegítima para sofrer demanda de cobrança movida pela consolidadora, a qual, extrapolando suas funções, paga dívida que não é sua, decorrente de fato exclusivo de terceiros. (TJMS, AC n. 2003.009627-2, Quarta Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 7.12.04).
>
> É de se observar que a denunciação da lide à administradora de cartão de crédito somente não foi permitida porque o objetivo desse instituto é formar título executivo contra o denunciado, e não fundamentar ilegitimidade passiva ou elisão de responsabilidade civil. Essa é a sistemática do Código de Processo Civil, fato que não impede o exercício do direito de ação por parte da recorrente que, afinal, também não pode arcar com o prejuízo.
>
> Portanto o magistrado atuou tecnicamente ao decretar a nulidade da fatura emitida pela recorrente. Por fim, não há falar em inversão do ônus da sucumbência, aplicando-se ao caso o Princípio da Causalidade.
>
> Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Assim, como naquela ocasião, evidencia-se dos autos, em especial pelas provas apresentadas pela recorrente junto com sua inicial (f.19-133), que a agência de turismo agiu com diligência na venda das passagens, tanto que obteve autorização das administradoras de cartão, conforme se vê do Código de Aprovação contido em cada Formulário de Lançamento de Venda a Crédito (CCCF).

Portanto, não há falar que a agência consolidadora agiu com negligência na checagem da documentação ou do cartão de crédito, pois a própria administradora do cartão autorizou os débitos referentes às passagens.

De outra parte, o fundamento utilizado pelo magistrado, segundo o qual existe cláusula expressa no contrato imputando a responsabilidade à agência de turismo (f. 246), também deve ser afastado, pois de acordo com o que se constata do próprio contrato juntado aos autos, ele só foi assinado na data de 28.11.05, posteriormente à venda das passagens, que ocorreu em outubro de 2004.

Assim, não pode retroagir para alcançar situações pretéritas.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso para que seja julgado procedente o pedido feito na inicial, declarando-se extinta a obrigação da recorrente pelo pagamento das faturas presentes nestes autos, assim como vedar o bloqueio do crédito para futuras vendas de passagens aéreas, nos termos do contrato assinado, e impedir o protesto das faturas e a inscrição do nome da agência nos órgãos de proteção ao crédito, invertido o ônus da sucumbência.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

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

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

Campo Grande, 26 de maio de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2008.025842-3 - Dourados
## Quarta Turma Cível
## Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

APOSENTADORIA POR DOENÇA DO TRABALHO – TRANSTORNO ESQUIZOAFETIVO TIPO MISTO – ESPÉCIE DE DOENÇA MENTAL – ART. 151 DA LEI N. 8.213/91 – INCAPACIDADE E IMPOSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO COMPROVADOS – BENEFÍCIO DEVIDO – REQUISITOS PRESENTES.

O contribuinte portador de transtorno esquizoafetivo tipo misto tem direito à aposentadoria quando restar comprovada sua incapacidade para o trabalho, considerando que a enfermidade se apresenta como espécie de doença mental.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de maio de 2009.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Loreni Cinara Rodio interpõe recurso de apelação em face de sentença proferida na ação de restabelecimento de benefício previdenciário ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social -INSS.

Pede a reforma da sentença sob a alegação de que é portadora da doença denominada **"**Transtorno Esquizoafetivo CID X F25**"**, tornando-a incapacitada para o trabalho, razão por que deve ser concedida sua aposentadoria; que no laudo pericial consta relação da doença com o trabalho.

Não foram apresentadas contrarrazões.

## VOTO

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

Loreni Cinara Rodio interpõe recurso de apelação em face de sentença proferida na ação de restabelecimento de benefício previdenciário ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social -INSS.

Verifica-se dos autos que a recorrente ajuizou a presente ação sob a alegação de que no ano de 2000 passou receber auxílio-doença por ter desenvolvido a doença denominada "Transtorno Esquizoafetivo Tipo Misto – CID 10 F 25.2", porém em 11.5.2006 teve seu benefício encerrado, apesar de a perícia realizada no dia 3.2.06 constatar sua incapacidade.

A concessão do benefício de aposentadoria por invalidez é garantido pela Lei n. 8.213/91:

> Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:
>
> I - quanto ao segurado:
>
> a) aposentadoria por invalidez;
>
> A aposentadoria por invalidez é concedida ao contribuinte que estiver incapacitado para o trabalho, cuja incapacitação pode decorrer de acidente do trabalho, assim considerado:
>
> Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:
>
> I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;
>
> II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.
>
> [...]
>
> § 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.

Pois bem, o acidente do trabalho para concessão do benefício de aposentadoria pode ser considerado ao portador de doença profissional ou do trabalho, sendo assim consideradas as seguintes enfermidades:

> Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

No caso, a recorrente é portadora de doença mental, a qual foi constatada na perícia realizada por médico do próprio INSS, além de ser sido declarada também a sua incapacidade para o trabalho, conforme se verifica do documento de f. 34: "*De acordo com o exame médico-pericial ao qual se submeteu em 25.8.05, ficou constatado que há incapacidade laborativa*" (f. 34).

Verifica-se que o referido art. 150, acima citado, não exige para a aposentadoria por invalidez a relação de determinadas doenças com o trabalho, exigindo apenas que tenha sido desencadeada após a filiação do contribuinte ao Regime Geral de Previdência Social e dentre elas está a alienação mental.

Aqui, pode-se dizer que a doença desencadeada pela recorrente, Transtorno Esquizoafetivo, é espécie de doença mental, tanto que no laudo apresentado na perícia realizada nos autos, o perito constou:

> [...] Os pesquisadores julgaram melhor criar um novo tipo de transtorno do que afirmar que certos pacientes têm duas doenças mentais ao mesmo tempo, surgindo então a categoria "transtorno esquizoafetivo (f. 109).

Nesses termos, considerando que a recorrente é portadora de doença grave e que se encontra incapacitada para o trabalho, além de a referida enfermidade estar dentro da categoria de doenças que autorizam a concessão de aposentadoria por invalidez, resta evidente a necessidade de se conceder o benefício.

A propósito, Tribunal Regional Federal da Primeira Região já reconheceu a esquizofrenia como doença mental, *in verbis:*

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ART. 178, III, DA LEI N 1.711/52. ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. ALIENAÇÃO MENTAL. SERVIDOR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. TRANSTORNO MENTAL INCAPACITANTE. DIREITO À APOSENTADORIA COM PROVENTOS INTEGRAIS. INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA DA NORMA. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI.
>
> 1. Manejada a rescisória dentro do biênio legal, consoante verificado na espécie, resta patente a sua tempestividade.
>
> 2. Não incide em erro de fato a sentença que, malgrado ciente da conclusão apresentada pelo perito do juízo, formula entendimento próprio acerca da correta aplicação da norma de regência.
>
> 3. O art. 178, III, da Lei n. 1.711/52 confere ao servidor público acometido de "alienação mental" o direito de obter aposentadoria com proventos integrais.
>
> 4. A referida norma, contudo, não indica em nenhum momento que a expressão "alienação mental" nela contida se refere a determinada patologia que incapacite seu portador para todos os atos da vida civil.
>
> 5. Por outro lado, a literatura psiquiátrica ensina que a já em desuso expressão "alienação mental", hodiernamente substituída pelo termo "transtorno mental", deve ser compreendida como "a condição caracterizada pela perda de relacionamentos significativos com outros, com sua sociedade ou sua cultura", certo que a Portaria Normativa n. 328, de 17 de maio de 2001, do Ministério da Defesa dispõe que: Considera-se Alienação Mental todo caso de distúrbio mental ou neuromental grave e persistente no qual, esgotados os meios habituais de tratamento, haja alteração completa ou considerável da personalidade, comprometendo gravemente os juízos de valor e realidade, destruindo a autodeterminação do pragmatismo e tornando o paciente total e permanentemente impossibilitado para qualquer trabalho.
>
> 6. Nesse passo, a única interpretação que pode ser conferida à norma em exame é a que confere a todo portador de transtorno mental incapacitante o direito à aposentadoria com proventos integrais.
>
> 7. Tendo sido o autor aposentado por invalidez por ser portador de esquizofrenia, um dos mais graves transtornos mentais, obviamente sua situação se amolda à regra do art. 178, III, da Lei n. 1.711/52, razão pela qual a sentença que indefere tal pedido sob o argumento de que ele não possui nenhuma alienação mental altera indevidamente o conteúdo da norma, violando-a, assim, de forma literal.

> 8. Por essa razão, a sentença proferida há de ser rescindida, de forma a se assegurar o direito do autor de se aposentar na forma prevista pela lei de regência.
>
> 9. As diferenças devidas devem ser monetariamente corrigidas na forma do Manual de Cálculos elaborado pelo Conselho da Justiça Federal, acrescida ainda de juros moratórios arbitrados em 1% ao mês. 10. Honorários advocatícios fixados em 5% do valor da condenação, nela compreendidas as parcelas devidas até a prolação do presente julgado.
>
> 11. Ação rescisória julgada procedente. (AR 2001.01.00.001800-7/DF, Rel. Des. Fed. Neuza Maria Alves Da Silva, publicação 13.4.007, p. 1)

Posto isso, dá-se provimento ao recurso para reformar a sentença a fim de julgar procedente o pedido para determinar o restabelecimento do auxílio-doença desde o seu cancelamento e a conversão em aposentadoria, invertendo-se o ônus da sucumbência.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Atapoã da Costa Feliz, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 5 de maio de 2009.

***

# Mandado de Segurança n. 2008.033635-6 - Capital
## Terceira Seção Cível
## Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PROVA FÍSICA – FORÇA MAIOR – CANDIDATO QUE SOFRE GRAVE ACIDENTE MESES ANTES DA REALIZAÇÃO DOS TESTES FÍSICOS – ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO – PRELIMINARES REJEITADAS – REALIZAÇÃO DA PROVA EM OUTRA DATA – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, em votação unânime, com o parecer, rejeitar as preliminares e, no mérito, conceder a segurança.

Campo Grande, 27 de abril de 2009.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Eugênia Vieira Leite impetra mandado de segurança preventivo contra ato da Secretária de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul e do Diretor Presidente da Fundação Escola de Governo do Estado, consistente na designação da data de 11 de novembro de 2008 para a realização do exame físico de Perito Papiloscopista no Concurso Público de Provas e Títulos da Polícia Civil de Mato Grosso do Sul.

Afirma que, no dia 14 de setembro de 2008, foi vítima de um violentíssimo acidente automobilístico, ocorrido na rodovia MS-286, sofrendo lesões de natureza grave em sua face, boca, joelho e pé, razão pela qual foi submetida a várias cirurgias.

Aduz que, em razão dos traumas sofridos e das cirurgias corretivas a que se submeteu, encontra-se impossibilitada de realizar atividades físicas pelo prazo mínimo de 60 dias, ou seja, até meados de dezembro de 2008, conforme os laudos médicos anexados aos autos.

Requer, portanto, a concessão da ordem para que lhe seja assegurado o direito de ficar dispensada da realização dos testes de aptidão física previstos para o dia 11 de novembro, até que expire o prazo concedido pelas licenças médicas.

A liminar foi concedida, f. 139-40.

O Estado de Mato Grosso do Sul em suas informações argui preliminar de inadequação da via eleita em face da necessidade de dilação probatória para verificar a possibilidade ou não de a impetrante realizar a prova.

No mérito, alega a ausência de direito líquido e certo, pois a impetrante procura afastar o princípio da isonomia, além de ferir o princípio da legalidade, considerando que as normas do edital não estariam sendo respeitadas.

A Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer opinou pela concessão da segurança.

Nivaldo Mattoso Lemes juntou petição aos autos arguindo preliminar de nulidade do *mandamus* em face da existência de litisconsórcio passivo necessário de todos os candidatos, os quais não foram citados para integrar a lide.

## VOTO

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

Eugênia Vieira Leite impetra mandado de segurança preventivo contra ato da Secretária de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul e do Diretor Presidente da Fundação Escola de Governo do Estado, consistente na designação da data de 11 de novembro de 2008 para a realização do exame físico de Perito Papiloscopista no Concurso Público de Provas e Títulos da Polícia Civil de Mato Grosso do Sul.

Afirma que, no dia 14 de setembro de 2008, foi vítima de um violentíssimo acidente automobilístico, ocorrido na rodovia MS-286, sofrendo lesões de natureza grave em sua face, boca, joelho e pé, razão pela qual foi submetida a várias cirurgias.

Aduz que, em razão dos traumas sofridos e das cirurgias corretivas a que se submeteu, encontra-se impossibilitada de realizar atividades físicas pelo prazo mínimo de 60 dias, ou seja, até meados de dezembro de 2008, conforme os laudos médicos anexados aos autos.

Requer, portanto, a concessão da ordem para que lhe seja assegurado o direito de ficar dispensada da realização dos testes de aptidão física previstos para o dia 11 de novembro, até que expire o prazo concedido pelas licenças médicas.

O Estado de Mato Grosso do Sul em suas informações argui preliminar de inadequação da via eleita em face da necessidade de dilação probatória para verificar a possibilidade ou não de a impetrante realizar a prova.

Com relação ao argumento de ser imprescindível a dilação probatória, esclarece-se ser evidente a sua desnecessidade no caso, pois a impetrante demonstrou com precisão a sua incapacidade para realizar a prova física na data marcada, consoante se constata pelas fotografias juntadas aos autos, f. 135-7, bem como pelos atestados médicos (f. 113, 115, 117, 118).

Em vista da manifesta prescindibilidade de produção de provas, apresenta-se perfeitamente cabível esta via mandamental.

Rejeita-se, portanto, a preliminar.

Da mesma maneira deve ser rejeitada a preliminar de litisconsórcio passivo necessário arguida pelo também candidato do concurso Nivaldo Mattoso Lemes, o qual integrou à lide após a concessão da liminar.

Isso porque o litisconsórcio necessário ocorre nos casos em que a lei exigir ou pela incindibilidade da decisão proferida pela existência de comunhão de interesses.

Aqui, não há comunhão de interesses entre a impetrante e os demais candidatos, pois a impetrante busca apenas a dispensa da participação da prova no dia marcado e, em consequência, a designação de outra data para a realização da referida etapa do concurso, em face da sua impossibilidade pela ocorrência do acidente de trânsito.

A propósito, este é entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO DE CARÁTER APENAS ELIMINATÓRIO. INVALIDAÇÃO. CITAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS E CONVOCADOS PARA O CURSO DE FORMAÇÃO. DESNECESSIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nosentido de que, não havendo entre o recorrente e os demaiscandidatos inscritos no certame comunhão de interesses, mostra-se desnecessária a citação destes para integrarem a lide como litisconsortes passivos.
>
> 2. Hipótese em que o exame psicológico que o recorrido busca anular tinha caráter apenas eliminatório, de sorte que a concessão do *mandamus* não interferirá diretamente na esfera jurídica dos demais candidatos aprovados no certame e convocados para o curso de formação.
>
> 3. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp n. 556864/SE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 27.11.06, p. 307)
>
> Afasta-se a preliminar.
>
> Com relação ao mérito, verifica-se que a segurança deve ser concedida.
>
> O art. 5º da Constituição Federal está assim redigido:
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

No art. 5º, *caput* e inciso I, da CF, o legislador previu expressamente o princípio da igualdade, que não deve ser entendido apenas no seu sentido formal, mas também no sentido material, porquanto a lei deverá estabelecer tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais, à medida de sua desigualdade.

No caso, o estado da candidata à época da aplicação do exame físico (marcado a menos de 2 meses do acidente) inequivocamente a desiguala do restante dos candidatos, pois não é razoável exigir dela o mesmo esforço físico exigido dos demais, sobretudo pelo fato de ter sofrido lesões no joelho e pé.

Certamente qualquer esforço físico é inadequado para pessoas que se encontram nessa situação, além do que pode acarretar agravamento dos traumas que sofreu.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar em caso semelhante ao dos autos, determinando que o candidato realize a prova em nova data, *in verbis*:

> CONCURSO PÚBLICO-PROVA DE ESFORÇO FÍSICO - FORÇA MAIOR - REFAZIMENTO - PRINCÍPIO ISONÔMICO. Longe fica de implicar ofensa ao princípio isonômico decisão em que se reconhece, na via do mandado de segurança, o direito de o candidato refazer a prova de esforço, em face de motivo de força maior que lhe alcançou a higidez física no dia designado, dela participando sem as condições normais de saúde. (REsp n. 179500/RS, DJ 15.10.99, Rel. Min. Marco Aurélio)

Portanto, não se mostra razoável exigir da candidata que sofreu grave acidente de trânsito, o qual se caracteriza força maior, a realização de testes físicos nos mesmos moldes aplicados aos demais candidatos que se encontram com higidez física, sob pena, dessa forma, de ferir o princípio da igualdade.

Posto isso, em parte com o parecer, rejeitam-se as preliminares e concede-se a segurança para tornar definitiva a liminar concedida.

Sem honorários de advogado por não serem cabíveis no caso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

EM VOTAÇÃO UNÂNIME, COM O PARECER, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, CONCEDERAM A SEGURANÇA.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Atapoã da Costa Feliz, João Maria Lós, Luiz Carlos Santini e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 27 de abril de 2009.

***

# Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2005.002217-3/0001-00
# Campo Grande - Primeira Turma Cível
# Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – FIANÇA – RESPONSABILIDADE DO FIADOR POR NEGÓCIOS ATUAIS E FUTUROS – PREVISÃO CONTRATUAL – ANUÊNCIA TÁCITA COMPROVADA – RECURSO IMPROVIDO.

Por ser a fiança um contrato acessório garantidor da obrigação principal, em que se compromete a fiadora a satisfação da obrigação do devedor, caso este não venha a cumpri-la, inclusive a negócios futuros, conforme previsão contratual, resta inconteste sua responsabilidade solidária em relação às notas fiscais referentes aos produtos fornecidos à empresa filial.

## 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, 28 de abril de 2009.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Geise Helena da Silva agrava regimentalmente da decisão monocrática que negou seguimento aos pedidos pretendidos em apelação cível, nos autos dos embargos à execução.

Entende que a matéria é complexa e deve ser prontamente apreciada pelo Colegiado, assim como que a apelação é, na verdade, manifestamente procedente.

Colaciona tese semelhante, por mim exarada em 2003, a fim de confirmar a necessidade de ser a decisão reformada para ser reconhecida a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da execução.

Requer, portanto, a reconsideração da decisão recorrida ou sua reforma pelo Órgão Colegiado competente.

## VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Geise Helena da Silva insurge-se contra decisão que negou seguimento ao seu recurso, nos autos dos embargos à execução, por não reconhecer a alegada ilegitimidade passiva.

O cerne da irresignação recursal consubstancia-se no intuito da agravante em ver reconhecida a sua ilegitimidade passiva para responder aos termos da execução por suposta realização de contrato novo, assim como por ausência de sua anuência.

*Ab initio*, constato que o objeto do agravo é manifestamente improcedente, conforme consignei na decisão recorrida, e em nada modifica o fato de anteriormente ter sido proferida decisão a respeito de pedido de reconhecimento de ilegitimidade passiva, do qual havia me posicionado de forma diversa.

Ora, modifiquei meu posicionamento depois de reiteradas decisões dos tribunais superiores em sentido contrário ao meu, das quais me convenci da necessidade de o fiador ser responsabilizado, até por negócios futuros, quando estipulado no contrato, como no caso *sub examine,* se, então, de responsabilidade solidária, conforme se verifica na carta de fiança à f. 43, pelo pagamento do fornecimento de quaisquer produtos ou materiais feitos pela firma Beatriz Canelles, bem como por correspondentes despesas relativas a embalagens, transportes, multas, perdas e danos provenientes de contrato de comodato, promessa de compra e venda mercantil ou fornecimento de produtos que viessem recair sobre a afiançada.

Prestou a agravante, portanto, fiança a negócios futuros, não havendo motivos que justifiquem o argumento de que a responsabilidade de sua fiança não alcança o contrato firmado em 2 de maio de 2000 e o aditivo de 1º de setembro de 2001.

Outrossim, caso a agravante não tivesse mais interesse em continuar como fiadora da empresa, poderia ter se exonerado da obrigação a qualquer tempo, porém não o fez.

A necessidade, portanto, de rejeição do presente é evidente, circunstância que embasa o julgamento monocrático por mim exarado, nos termos do artigo 557, *caput* do Código de Processo Civil, que corrobora com o princípio da economia processual, constante do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna.

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

Não há falar, então, em irregularidade na decisão.

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

> [...] Mantenho a sentença que, a meu ver, não comporta modificações, mormente quando constato que a apelante se responsabilizou solidariamente pelo pagamento dos fornecimentos de quaisquer produtos ou materiais feitos pela apelada à firma Beatriz Canelles, assim como por correspondentes despesas relativas a embalagens, transportes, multas, perdas e danos provenientes de Contrato de Comodato, Promessa de Compra e Venda Mercantil e/ou Fornecimento de produtos que viessem recair sobre a afiançada.

Ressalto, inclusive, que a fiança consiste em contrato acessório com precípuo objetivo de garantir o cumprimento da dívida, atual ou futura, que se encontra vinculada ao contrato principal, mormente quando constato que a apelante prestou fiança para negócios futuros, não havendo, portanto, motivos que justifiquem o argumento de que a responsabilidade de sua fiança não alcança o contrato firmado em 02 de maio de 2000 e o aditivo de 01 de setembro de 2001.

Transcrevo, então, a seguir, a decisão que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, tudo para melhor esclarecimento acerca da responsabilidade da apelante em garantir o pagamento do débito ao credor. Assim vejamos:

[...] Primeiramente, necessário esclarecer que a embargante não pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, no caso vertente, ainda que tenha constado na qualificação da Ação de Execução em apenso a pessoa física Beatriz Canelles, e não a jurídica, daí que tenho que competia à parte pleitear a sua exclusão, ou a retificação do nome.

Nesse sentido, vejamos a lição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Legitimidade "*ad causam*" - Ainda como desdobramento da idéia de utilidade do provimento jurisdicional pedido, temos a regra que o Código de Processo Civil enuncia expressamente no artigo 6º: ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". Assim, em princípio, é titular de ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva).

Com efeito, pelo que se depreende dos autos, a firma Beatriz Canelles, por sua representante legal, celebrou com a embargada, Contrato de Compra e Venda Mercantil e outros pactos (f. 30-40), tendo sido aditado em 1º de setembro de 2001, onde ficou pactuado que este estava sendo prorrogado por mais 24 meses, terminando em 31 de dezembro de 2005.

Para garantir o cumprimento do mencionado contrato foi ajustado o instrumento particular de fiança – Carta de Fiança (f. 43), no qual a embargante se responsabilizava solidariamente pelo pagamento dos fornecimentos de quaisquer produtos ou materiais feitos pela embargada à firma Beatriz Canelles, bem como por correspondentes despesas relativas a embalagens, transportes, multas, perdas e danos provenientes de Contrato de Comodato, Promessa de Compra e Venda Mercantil e/ou Fornecimento de Produtos que viessem recair sobre a afiançada (item 1 do instrumento).

Portanto, verifica-se que a embargante anuiu, ainda que tacitamente, como o estipulado no Contrato de Promessa de Compra e Venda Mercantil e outros pactos, celebrado entre a empresa Beatriz Canelles e a embargada, se comprometendo a satisfazer a obrigação do devedor se este não a cumprisse. Não fosse isto, a fiança trata-se de contrato acessório, garantidor da obrigação principal.

A doutrina de Sílvio de Salvo Venosa a respeito do tema em comento diz o seguinte:

Pelo contrato de fiança estabelece-se obrigação acessório de garantia ao cumprimento de outra obrigação. Essa acessoriedade foi por nós estudada quando do exame da estrutura da obrigação. Na fiança, existe a responsabilidade, mas não existe o débito, dentro da díade Schuld und Haftung. Lembre-se do que dissemos a respeito da dívida natural, exemplo contrário, a qual possui débito, mas não responsabilidade, pois não é juridicamente exigível (Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, Capítulo 3). O fiador garante o débito de outrem, colocando seu patrimônio para lastrear a obrigação, o titular do débito garantido é um terceiro.

Portanto, pelo contrato de fiança, um sujeito, o fiador, obriga-se a pagara a outro, o credor, o que este deve a um terceiro, o devedor. "Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra (artigo 1.481 do Código de 1916)".

> Quanto à assertiva da embargante de que somente afiançou a empresa matriz, inscrita no CNPJ n. 03.171.542/0001-15, não sendo responsável pelas operações mercantis referentes às notas fiscais emitidas em nome da filial, entendo que não merece prosperar, uma vez que tanto a matriz quanto a filial possuem a mesma proprietária, exploram a mesma atividade econômica, possuindo apenas endereços e CNPJ diversos, a fim de distinguir os encargos devidos por cada uma. Ademais, a fiança é garantia prestada à pessoa afiançada, não a um de seus estabelecimentos.
>
> Logo, a embargante é responsável solidária em relação às notas fiscais referentes aos produtos fornecidos à empresa filial, sendo as triplicatas títulos líquidos, certos e exigíveis a ensejarem a execução em apenso.
>
> E nem se diga que a responsabilidade da fiança não alcança o contrato firmado em 2 de maio de 2000 e o aditivo de 1º de setembro de 2001, limitando-se às obrigações contratuais havidas anteriores e até a data estipulada na Carta, ou seja, 29 de abril de 2000.
>
> É sabido que a fiança trata-se de contrato acessório, que visa garantir o cumprimento de dívida, atual ou futura, estando, entretanto, vinculada ao contrato principal. No caso em tela, a embargante prestou a fiança para negócios futuros, porém se comprometeu também pelos contratos anteriormente celebrados por sua afiançada (f. 43), não podendo eximir-se de sua obrigação.
>
> Diante disso, pode-se averiguar que houve uma interpretação literal do item referente à responsabilidade da embargante, no qual constavam todas as situações em que no caso de eventual inadimplência da afiançada, a fiadora se comprometeria em garantir o pagamento do débito ao credor.
>
> Por outro lado, não há que se falar em desoneração da fiadora, uma vez que o contrato de promessa de compra e venda mercantil e outros pactos e seu aditivo não se trata de novação de dívida, mas a obrigação principal, à qual a Carta de Fiança está vinculada, por ser contrato acessório.
>
> Ademais, se a embargante não tinha pretensão de continuar como fiadora da empresa Beatriz Canelles, poderia ter se exonerado dessa obrigação a qualquer tempo, ficando obrigada somente durante sessenta dias após a notificação do credor, mas assim não agiu, restando evidente que a embargante estava ciente do que se predispôs a garantir. Entretanto, não comprovou que as condições impostas eram extremamente gravosas para a mesma.
>
> Finalmente, tendo em vista a matéria ora julgada, dou por prejudicado o conhecimento da exceção de pré-executividade interposto na ação de executiva em apenso (f. 121-134), uma vez que as questões suscitadas naquele incidente já foram objeto de apreciação nos presentes embargos [...]

Diante de tais considerações, entendo que a manutenção do *decisum* é medida imperativa, tanto pela juridicidade nela constante quanto pela inexistência, nos argumentos trazidos pela agravante, de elementos capazes de ilidir o que expus precedentemente.

Posto isso, nego provimento ao recurso. Intime-se.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 28 de abril de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2006.006754-1 - Campo Grande
## Primeira Turma Cível
## Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO C/C REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – EMPRESA ORGANIZADORA DE EVENTOS – RELAÇÃO CONSUMERISTA – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ART. 49 – DIREITO DE REFLEXÃO OU ARREPENDIMENTO – DESISTÊNCIA DE NEGÓCIO CONTRATADO POR TELEFONE DENTRO DO PRAZO LEGAL – EMISSÃO DE DUPLICATAS, PROTESTO DOS TÍTULOS E INSCRIÇÃO DO NOME DO APELANTE NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO INDEVIDAMENTE – DANO MORAL PURO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE – JUROS DE MORA A CONTAR DO EVENTO DANOSO – CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE A FIXAÇÃO DO MONTANTE – SÚMULAS N. 54 E 362 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO PROVIDO.

Comprovada a relação de consumo, uma vez que a primeira apelada é empresa organizadora de eventos, deve ser reconhecida a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 49, assegura aos consumidores que adquirirem produtos ou serviços fora do estabelecimento comercial um prazo de reflexão, ou de arrependimento, que deverá ser exercido em até sete dias, a contar da assinatura do contrato ou do recebimento do produto ou serviço.

O exercício do direito de reflexão dentro do prazo fixado pela lei desfaz a relação obrigacional e tornam indevidos a emissão de duplicatas no valor dos convites que o apelante não mais tinha interesse em adquirir, o protesto destes títulos e a inscrição do nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito.

É cediço que a inscrição indevida do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes causa prejuízos incomensuráveis à sua honra, os quais prescindem de provas, porque está diante do dano moral *in re ipsa*.

Para arbitramento do *quantum* indenizatório, 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.

Os juros de mora e a correção monetária devem ser atualizados, respectivamente, a partir do evento danoso e da fixação do montante da indenização. Súmulas n. 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de junho de 2009.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Délcio Gonçalves da Silva Junior apelou da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação anulatória de ato jurídico c/c reparação de danos morais proposta em desfavor de Norberto Gauer Eventos Internacionais e Banco do Brasil S.A.

Argumentou que o serviço fornecido pela primeira apelada nem sequer foi utilizado pelo apelante que, três dias após confirmar sua presença no evento, desistiu do negócio.

Defendeu que o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor assegura ao consumidor o direito de reflexão, com um prazo de sete dias para desistir do produto ou do serviço.

Ressaltou, ainda, que sua pretensão não é anular o negócio jurídico em razão de vício no consentimento, como ficou assentado na sentença, mas sim porque arrependeu de sua tratativa.

Salientou que "[...] o contrato celebrado entre as partes caracteriza-se como contrato de adesão, vale dizer, um contrato já escrito, preparado e impresso com anterioridade pelo fornecedor dos serviços, no qual só restou ao apelante preencher os espaços referentes à sua identificação pessoal, na qualidade de comprador dos serviços." (f. 232).

Ponderou que sua desistência foi legítima, de modo que o envio de duplicatas para protesto e, consequentemente, a inscrição de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito foi indevido, devendo ser reparado o dano moral sofrido.

Relatou que a negativação de seu nome causou-lhe sérios desconfortos, porque sempre foi um profissional idôneo, de reputação ilibada, o que justifica a condenação dos apelados ao pagamento de indenização, respectivamente, de dez e vinte vezes o valor da cobrança.

Finalizou pugnando pelo provimento do recurso para reformar a sentença.

Em contrarrazões, os apelados enfrentaram os fundamentos do recurso e pugnaram pela manutenção da sentença.

## VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

I. Digressão fática

Inicialmente, para melhor compreensão da questão *sub judice*, impende narrar as ocorrências que deram ensejo a esta ação. Para tanto, transcrevo o relatório da sentença:

> Délcio Gonçalves da Silva Junior, qualificado na inicial, moveu Ação Anulatória de Ato Jurídico c/c Reparação de Danos Morais em face de Norberto Gauer Eventos Internacionais e Banco do Brasil S/A, também qualificado na inicial, alegando, em síntese, que no mês de setembro de 2003 recebeu um telefonema em seu consultório médico, tendo o interlocutor lhe informado que ele acabara de ser indicado para receber uma premiação em evento denominado 'Prêmio Melhores Medicina Brasil – Edição 2003', pela destacada e reconhecida atuação profissional na comunidade local, convidando-o a participar do referido evento, a fim de receber um troféu na qualidade de homenageado, em cerimônia que seria realizada na cidade de São Paulo-SP. Que o autor solicitou a ré informações mais detalhadas sobre o evento, quando, então, em 2.10.2003, foi-lhe remetido, via fax, um documento contendo as 'considerações gerais de concessão de premiação'. Tais informações deram uma certa tranqüilidade ao autor, que mais confiante, vislumbrou credibilidade na seriedade da premiação, passando, então, a sentir-se lisonjeado com a indicação. Que solicitou dois convites para o evento, sendo que o valor do convite era R$ 280,00 (duzentos e oitenta reais). No dia 3.10.2003 o requerente recebeu o 'termo de confirmação de homenageado', assinando-o e solicitando o parcelamento do valor dos dois convites em três parcelas, através de boleto bancário. Entretanto, quando o autor procedeu a leitura do documento que dispunha sobre a concessão da premiação, verificou que do item denominado 'convites e mesas' constava que cada homenageado receberia quatro convites para o evento. Como havia solicitado apenas dois convites, o autor entrou em contato com a produtora de eventos, esclarecendo que precisaria de dois convites e não de quatro, tendo, contudo, sido informado que o número de convites por homenageado era obrigatoriamente quatro, independente do comparecimento ou não das pessoas. Que a confiança do autor acerca da seriedade do evento e honestidade da empresa organizadora esvaeceu, pois constatou que a dita premiação estava condicionada a aquisição de quatro convites no valor de R$ 280,00 (duzentos e oitenta reais) cada um, o que ensejou a sua imediata desistência de participar do evento no dia 6.10.2003, informando a ré via fax. Que quase um mês após a remessa via fax do documento mencionado, o autor recebeu em 4.11.2003, também por fax, uma correspondência na qual a ré informou que não seria possível proceder a exclusão de seu nome da lista de homenageados, e que a confirmação era de caráter irrevogável. No dia 11.12.2003 o autor recebeu uma notificação da empresa ré exigindo o pagamento de R$ 1.120,00 (hum mil cento e vinte reais), sendo as duplicatas que deram origem ao débito, levadas a protesto (f. 207-208).

II. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

O apelante pleiteia que a relação contratual entabulada com o primeiro apelado seja analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor, o que, a meu ver, merece guarida.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º, conceitua o fornecedor como sendo "[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços."

Mais à frente, no § 2º, descreve serviço como "[...] qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

De tais dispositivos legais colhe-se que a atividade desenvolvida pela primeira apelada é de fornecimento de serviços relativos à organização de eventos, de modo que a relação contratual, objeto desta ação, deve, portanto, ser regulada pela legislação consumerista.

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a empresas que organizam eventos é assente na jurisprudência. Vejamos julgados:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE CERIMONIAL E *BUFFET* - RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - DEVER DE INDENIZAR - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. APELAÇÃO ADESIVA CONHECIDA E PARCIALMENTE

> PROVIDA. I - Provada a relação de consumo, em razão do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. II - Os fornecedores de serviços são objetivamente responsáveis pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. III - Constatada a prestação defeituosa do serviço de cerimonial e buffet, devida a indenização pelos danos materiais e morais. IV - A sociedade de fato responde pelos prejuízos causados a terceiros, solidariamente com seu representante. IV - Recurso de apelação conhecido e não provido. Recurso adesivo conhecido e parcialmente provido (TJMG, AC n. 1.0313.06.188967-8/001(1), Rel. Des. Bitencourt Marcondes, julgado em 27.9.07).

> PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Responsável por organização de evento que contratou terceiro para a prestação de serviços de buffet. Relação jurídica sujeita ao Código de Defesa do Consumidor. Má execução dos serviços Expectativa que os serviços fossem adequadamente prestados, independentemente da qualidade dos produtos servidos na festa. Danos materiais e morais configurados. Recurso provido para este fim (TJSP, AC n. 7057644200. Vigésima Câmara de Direito Privado "E", Rel. Des. Bernardo Mendes Castelo Branco Sobrinho, julgado em 10.12.07).

Portanto, diante da simplicidade da questão, que é pacífica em nossos tribunais pátrios, desnecessárias são mais considerações acerca da aplicação da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, ao caso em tela.

III. Direito de arrependimento

O Código de Defesa do Consumidor assegura aos consumidores que adquirirem produtos ou serviços fora do estabelecimento comercial um prazo de reflexão, ou de arrependimento, preceituando em seu artigo 49:

> O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 07 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.
>
> Parágrafo único - Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Rizzato Nunes, sobre referido dispositivo legal, leciona:

> É verdade que a norma cita apenas por telefone e em domicílio. Contudo, a citação é evidentemente exemplificativa, porquanto o texto faz uso do advérbio 'especialmente'. Na época da feitura da norma (1990), chamavam mais a atenção do legislador esses dois tipos, que ainda são os campeões nesse canal de vendas ('diretas' ao consumidor). Mas note-se o fenômeno da Internet, que tem tudo para ser um excepcional canal de vendas.
>
> De qualquer maneira, o consumidor está garantido sempre que a compra se der fora do estabelecimento comercial, nos vários sistemas de vendas existentes.
>
> Nesse tipo de aquisição o pressuposto é que o consumidor está ainda mais desprevenido e despreparado para comprar do que quando decide pela compra e, ao tomar a iniciativa de fazê-la, vai até o estabelecimento.

Pois bem. O negócio jurídico, objeto desta ação, enquadra-se perfeitamente no dispositivo legal acima transcrito, pois o apelante adquiriu o serviço em seu local de trabalho, por meio de telefone e fac-símile, e dele desistiu dentro do prazo de sete dias.

Contudo seu direito de arrependimento não foi respeitado pela primeira apelada, uma vez que, mesmo havendo desistência do serviço depois de três dias da contratação (f. 16 e 17), foram emitidas duplicatas por uma dívida inexistente e protestadas estas.

Nem se pode dizer que a desistência do apelante foi injustificada, o que afastaria a incidência da referida norma, porque esta é mais um mecanismo da legislação consumerista que visa à proteção do consumidor, e autoriza-lhe a desistir do negócio, sem necessidade de informar o porquê de sua decisão.

O legislador considerou que o consumidor, que não procura o produto ou o serviço, e foi acionado em sua residência ou, como no caso, em seu local de trabalho, não examinou adequadamente o que lhe foi oferecido, de modo que, ao fazê-lo, pode não mais se interessar, devendo, nesse caso, ser rescindido o contrato.

Com efeito, por ser o direito de arrependimento, ou reflexão, puro e simples, e ter sido exercido dentro do prazo fixado pela lei, a emissão de duplicatas no valor dos convites que o apelante não mais tinha interesse em adquirir foi indevida, bem assim o protesto destes títulos.

Dessa feita, emitidos títulos de crédito em razão de uma dívida sabidamente inexistente, protestados estes e, mais grave ainda, inscrito o nome do apelante nos cadastros de proteção ao crédito, está patente o dano moral causado a ele.

A propósito, este Tribunal de Justiça, analisando caso semelhante, decidiu:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RELAÇÃO CONSUMERISTA – DIREITO DE ARREPENDIMENTO – RETENÇÃO DO VALOR DO FRETE – INDEVIDO – ART. 49 DO CDC – LANÇAMENTO INDEVIDO DE NOME EM CADASTRO DE INADIMPLENTES – DÍVIDA INEXISTENTE – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS – ART. 34 DO CDC – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – ARBITRAMENTO – ALEGADO EXCESSO – DISSABOR CARACTERIZADO – RECURSO IMPROVIDO. Nos termos do que prescreve o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 49, parágrafo único, "se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados". Ao firmar pacto com empresa administradora de cartões de crédito para a cobrança dos valores devidos pela aquisição de produtos vendidos via televisão, a empresa vendedora se responsabiliza solidariamente pelos atos praticados pela referida empresa, nos moldes do art. 34 do CDC. O lançamento indevido do nome de cliente no órgão de restrição ao crédito (SPC), por um débito inexistente, constitui ato lesivo à honra, ensejando a reparação pecuniária pelos danos morais sofridos pelo ofendido. Em tema de indenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional à lesão experimentada pela vítima, calcado na moderação e razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, sempre atento à realidade dos fatos e as peculiaridades de cada caso, evitando o enriquecimento sem causa (AC n. 2003.003562-1/0000-00 – Dourados, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 16.1.07).

Então, comprovada a ilicitude na conduta dos apelados, impende verificar o dever destes de indenizar os danos suportados pelo apelante.

IV. Indenização do dano moral

O artigo 186 do Código Civil preceitua que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". E, complementando esse raciocínio, o artigo 927 do mesmo codex reza: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Consoante sobejamente demonstrado no tópico anterior, a emissão das duplicatas, o seu protesto e a inscrição do nome do apelante nos cadastros de inadimplentes foram indevidos, uma vez inexistente a dívida

que deu causa aos títulos de crédito, de modo que configurado está o dever de indenizar o dano moral suportado pelo apelante.

Nem se diga, por outro lado, que o dano não ficou provado, pois ele é *in re ipsa*, ou seja, é decorrente da própria inscrição indevida do nome do apelante junto aos órgãos de proteção ao crédito, sendo desnecessária a produção de prova relativamente ao prejuízo sofrido.

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

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROTESTO DE TÍTULO E INSCRIÇÃO NA SERASA – INDEVIDOS – DANO MORAL PURO QUE INDEPENDE DE PROVA – REPARAÇÃO PECUNIÁRIA DEVIDA – VALOR DA INDENIZAÇÃO REDUZIDO – PATAMAR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Desnecessária a prova do prejuízo moral causado pela inscrição em órgão de restrição de crédito e protesto indevido de título, por óbvios os efeitos nocivos do ato perante o meio social e comercial do ofendido. [...] (TJMS. AC n. 2005.016891-2/0000-00 - Três Lagoas, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 26.2.08).

> AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA C/C NULIDADE DE TÍTULO E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA INAUDITA ALTERA PARS, PARA LEVANTAMENTO DE NEGATIVAÇÃO JUNTO À SERASA C.C. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – [...] PRESENTES OS REQUISITOS DO DANO MORAL PURO QUE INDEPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. [...] É cediço que a indevida inclusão do nome de uma pessoa nos cadastros de inadimplentes causa-lhe vários constrangimentos e perda da credibilidade pessoal e negocial, tudo com sérios reflexos em sua honra e respeitabilidade, os quais, nos casos de indevida inscrição em cadastro oficial, restam provados com a simples demonstração do próprio fato da inscrição (TJMS, AC n. 2007.022516-0/0000-00 – Dourados, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 22.10.07).

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

> Portanto, realizado o ato danoso, o sujeito passivo não terá sobre si o ônus probatório. Ele pode ser presumido a partir do comportamento adotado pelo agressor. A partir de situações pontuais, o juiz poderá lançar mão de presunções e indícios para identificar a configuração do dano moral. Em razão de sua vinculação à incolumidade dos direitos da personalidade do ofendido, a prova direta do agravo moral apresenta-se impossível do ponto de vista processual: o prejuízo extrapatrimonial é apodíctico.

> [...]

> O que se deve provar é a prática do ato. Feito isso, torna-se dedutível que o prejuízo imaterial tenha ocorrido. Há uma presunção juris tantum da ocorrência dos danos morais.

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

V. *Quantum* indenizatório

Por fim, patente o dever de os apelados repararem o dano moral causado pela inscrição indevida do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes, cumpre estabelecer o *quantum* indenizatório, ao que passo agora.

Pois bem. O valor da indenização não deve ser baixo a ponto de ser irrelevante para os apelados e nem alto, de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do apelante. O mais abalizado entendimento doutrinário e jurisprudencial determina sua fixação com o escopo de desestimular ações lesivas da mesma espécie, alicerçando a condenação no princípio da razoabilidade.

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

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

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE CARGO C/C REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – RECURSO ADESIVO DO AUTOR – SERVIDOR PÚBLICO EXONERADO SEM MOTIVAÇÃO POR PORTARIA – MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ARBITRADA EM 10 VEZES O SALÁRIO BRUTO PERCEBIDO À ÉPOCA DO FATO – RECURSO IMPROVIDO. Para definição do valor do dano moral, é preciso levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada, devendo, portanto, guardar a fixação sintonia com o princípio da razoabilidade. O valor da indenização por dano moral sujeita ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, observando as circunstâncias do caso concreto, a fim de que seja compatível para amenizar a dor e dissuadir o ofensor, sem enriquecer ou empobrecer os envolvidos. (AC n. 2006.001861-0/0000-00 – Jardim, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 15.3.06).

Desse modo, atendendo a esses critérios, e considerando principalmente a notoriedade do requerente, médico atuante nesta Capital, tanto que o contrato celebrado entre ele e a primeira apelada referia-se a uma premiação, em que seria ele homenageado pela destacada atuação profissional, e a capacidade econômica dos apelados, entendo que o valor da indenização deve ser fixado em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Frise-se, finalmente, que a incidência dos juros moratórios e da correção monetária dá-se, respectivamente, a partir do evento danoso e do arbitramento da indenização. Veja-se precedente da Primeira Turma Cível desta Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – [...] TERMO INICIAL – JUROS – INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA A PARTIR DA FIXAÇÃO DO VALOR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] III- Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, segundo Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça. IV- A correção monetária incide a partir da data em que foi fixado o valor da indenização, pois, nesse momento, leva-se em consideração a atual expressão econômica da moeda. (AC n 2008.017743-9/0000-00 – Sonora, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 2.9.08).

> APELAÇÃO CÍVEL – PROTESTO INDEVIDO – DANO MORAL DEVIDO – JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IGP-M/FGV A PARTIR DA FIXAÇÃO DO VALOR CERTO – RECURSO PROVIDO. Reconhecido que o protesto foi indevido, há de se reparar o dano moral dele advindo. O termo inicial dos juros moratórios é a data do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ), enquanto o da correção monetária é o momento em que o quantum é fixado. (AC n. 2005.009829-9/0000-00 - Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins. Julgado em 29.7.08).

Posto isto, dou provimento ao recurso para: a) declarar rescindido, por força do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, o contrato celebrado entre o apelante e a primeira apelada; b) declarar nulos a emissão de duplicatas, o protesto destes títulos de crédito e a inscrição do nome do apelante nos cadastros de proteção

ao crédito; b) condenar os apelados ao pagamento de indenização por dano moral ao apelante no importe de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), devidamente atualizados com juros de mora de 1% ao mês e correção monetária, pelo IGP-M/FGV, a contar, respectivamente, do evento danoso e desta data.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 9 de junho de 2009.

***

## Agravo n. 2009.009103-9 - Itaquiraí
## Primeira Turma Cível
## Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONSTRIÇÃO DE PROPRIEDADE – PROCEDIMENTO JUDICIAL ADOTADO – MATÉRIA PRECLUSA – IMÓVEL GRAVADO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA – INEXISTÊNCIA DE EMPECILHO PARA INDISPONIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Uma vez operada a preclusão sobre determinada matéria, esta não pode ser discutida, quer em primeiro, quer em segundo grau de jurisdição, sob pena de vulnerar a segurança e a estabilidade das partes e dos atos processuais. Inteligência do artigo 473 do CPC.

A existência de averbação de servidão administrativa sobre parte do imóvel não retira o título de propriedade do particular, motivo pelo qual é totalmente cabível o gravame da indisponibilidade na matrícula do bem.

### ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de abril de 2009.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Renato Tonelli agrava da decisão proferida nos autos da ação civil pública interposta pelo Ministério Público Estadual, que indeferiu o pedido de exclusão da indisponibilidade sobre imóvel do agravante.

Salienta, inicialmente, o cabimento do agravo na modalidade instrumental, pois presentes os requisitos de lesão ou de difícil reparação.

Afirma, em síntese, que o bem afetado à utilidade pública não pode ser gravado do ônus da indisponibilidade, porque o procedimento judicial adequado para tal medida é o sequestro, de natureza cautelar, diferentemente da tutela antecipada utilizada, para a qual se exige verossimilhança da alegação e fundado receio de dano. Em outro plano, argumenta que a servidão administrativa que alcançou o imóvel constrito caracterizou-o como bem de domínio público, não podendo ser, dessa forma, indisponibilizado pelo Poder Judiciário.

Por fim, requer o provimento do recurso para afastar a decretação de indisponibilidade do imóvel litigado.

## VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Quanto à alegação de inadequação do procedimento adotado para a constrição do bem, vê-se que a matéria devolvida a este juízo *ad quem* remete à decisão proferida em 4 de outubro de 2000, cópia às f. 25-30.

Constata-se que sete anos após a decisão mencionada, seguiu-se petição do agravante às f. 32-35, requerendo a retirada da indisponibilidade que recaiu sobre o imóvel, nada mencionando sobre a tutela empreendida para a efetivação da medida.

Desse breve histórico processual, conclui-se que não há falar em errônea tutela de urgência, pois deixou transcorrer o tempo sem se insurgir contra o que entendia de direito. A matéria, portanto, restou preclusa.

Humberto Theodoro Júnior sustenta que a *"preclusão consiste na perda da faculdade de praticar um ato processual, quer porque já foi exercitada a faculdade processual, no momento adequado, quer porque a parte deixou escoar a fase processual própria, sem fazer uso de seu direito"* (*In* Curso de Direito Processual Civil, 37ª ed., Forense, 2001, p. 28).

De acordo com o sistema processual em vigor, uma vez operada a preclusão sobre determinada matéria, esta não pode ser discutida, quer em primeiro, quer em segundo grau de jurisdição, sob pena de vulnerar a segurança e a estabilidade das partes e dos atos processuais. O agravante teve ao seu dispor o tempo e os meios necessários para rebater o conteúdo decisório das f. 25-30 oportunamente, porém não o fez.

Para melhor esclarecer o tema, eis os precisos apontamentos do ilustre Ministro Luiz Fux no seguinte julgado:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL REQUERIMENTO PARA DENUNCIAÇÃO DA LIDE INDEFERIDO. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO EXAME POR JUÍZO DE 1º GRAU. ART. 473 DO CPC.
>
> 1. [...]
>
> 2. [...]
>
> 3. Rejeitada a denunciação, é vedado ao juiz, ex officio, deferi-la a posteriori ou a parte discuti-la por força da (art. 473 do CPC). É que cediço em doutrina que: Dispõe o art. 473 que "é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão".
>
> Embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material, ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem conseqüências semelhantes às da coisa julgada formal.
>
> Dessa forma, as questões incidentemente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores do processo.
>
> Não se conformando a parte com a decisão interlocutória proferida pelo juiz (art. 162, § 2º), cabe-lhe o direito de recurso através do agravo de instrumento (art. 522). Mas se não interpõe o recurso no prazo legal, ou se é ele rejeitado pelo tribunal, opera-se a preclusão não sendo mais lícito à parte reabrir discussão, no mesmo processo, sobre a questão.
>
> A essência da preclusão para Chiovenda, vem a ser a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício.

> Decorre a preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez.
>
> Sem uma ordenação temporal desses atos e sem um limite de tempo para que as partes os pratiquem, o processo se transformaria numa rixa infindável.
>
> Justifica-se, pois, a preclusão pela aspiração de certeza e segurança que, em matéria de processo, muitas vezes prevalece sobre o ideal de justiça pura ou absoluta.
>
> Trata-se, porém, de um fenômeno interno, que só diz respeito ao processo em curso e às suas partes. Não atinge, obviamente, direitos de terceiros e nem sempre trará repercussões para as próprias partes em outros processos, onde a mesma questão venha a ser incidentalmente tratada
>
> A preclusão classifica-se em temporal, lógica e consumativa,a saber:
>
> [...]
>
> Preclusão consumativa:
>
> É a de que fala o art. 473. Origina-se de "já ter sido realizado um ato, não importa se com mau ou bom êxito, não sendo possível tornar a realizá-lo"
>
> Se, por exemplo, a questão preliminar sobre a pretendida revelia do demandado, ou o requerimento de perícia foi solucionado, na fase de saneamento processual, não será possível à parte reabrir discussão em torno dessa matéria, na apelação, salvo se pendente agravo tempestivamente interposto (pois, então, não terá havido preclusão). [...] (THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, 39ª Edição, p. 480-481)
>
> 4. Recurso especial conhecido e desprovido.(REsp n. 785823/MA, Primeira Turma, Min.Luiz Fux, julgado em 1º.3.07 - DJ 15.3.07, p. 272) (g.n.)

Evidente, portanto, a preclusão.

Ainda que assim não fosse, cumpre anotar que com o advento da Lei n. 10.444/2002, a qual inseriu o § 7º no artigo 273 do Código de Processo Civil, tornou-se possível a aplicação do princípio da fungibilidade, de modo a permitir que o juiz converta o pedido de medida cautelar em tutela antecipada. Assim, é tarefa do magistrado adequar o pedido formulado pela parte e deferir a medida mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final, mesmo ciente da natureza jurídica distinta existente entre a tutela de antecipação e a tutela cautelar.

Aliás, em se tratando de tutela antecipada pleiteada em ação civil pública, como no caso, os requisitos a serem observados são os mesmos. Rodolfo de Camargo Mancuso leciona:

> A antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 273, conforme Lei 8.952/94) é de ser aplicada à ação civil pública, já que esta tramita pelo procedimento comum, sobretudo o ordinário, sendo-lhe subsidiário o Código de Processo Civil (art. 19 da Lei 7.347/85). Para tanto, hão que estar presentes os pressupostos específicos, que comportam: a) um núcleo comum (prova inequívoca, conducente à verossimilhança da alegação – caput – e, mais, a não-irreverssibilidade do provimento antecipado - § 2.º); e b) uma das alternativas: receio de dano irreparável/de difícil reparação, ou conduta processual reprovável/protelatória do réu – incs. I e II, respectivamente).

[...]

> A seu turno, Lúcia Valle Figueiredo enfatiza a importância da tutela antecipatória na ação civil pública: 'Deverá o magistrado, pela prova já trazida aos autos, no momento da concessão da tutela, estar convencido de que – ao que tudo indica – o autor tem razão e a procrastinação do feito ou sua delonga normal poderia pôr em risco o bem de vida pretendido – dano irreparável ou de difícil reparação. A irreparabilidade do dano na ação civil pública é manifesta, na hipótese de procedência da ação. A volta ao statu quo ante é praticamente impossível e o fluid recovery não será suficiente a elidir o dano.

No que tange à impossibilidade de se constringir imóvel averbado como servidão administrativa, razão não lhe assiste.

Como bem apontou a magistrada *a quo* à f. 14:

> Segundo definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, servidão administrativa "é o direito real que assujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso e gozo." (Curso de Direito Administrativo, 19ª edição, pág. 840, Malheiros).
>
> Vê-se, portanto, que a servidão administrativa não anula o direito de propriedade, mas apenas limita o seu exercício, que fica condicionado à finalidade pública.
>
> Assim, por permitir o exercício do domínio pelo proprietário, que poderá exercer todas as prerrogativas que lhe são inerentes (usar, gozar e dispor da coisa), embora condicionado à finalidade pública, continua o bem a possuir valor econômico, sendo, portanto, suscetível de constrição judicial de indisponibilidade (g.n.).

Corroborando o entendimento sobre a servidão administrativa das faixas marginais reservadas pelo Código de Águas (Decreto n. 24643/1934), Hely Lopes Meirelles assentou que *essa servidão como as demais, não retira a propriedade do particular, nem lhe tolhe a normal utilização das terras e dos produtos do subsolo nas faixas marginais reservadas; veda, apenas, as construções que possam impedir o trânsito das autoridades incumbidas da fiscalização dos rios e lagos*.

Deve-se consignar, por outro vértice, que não há confundir as terras marginais com o resto da propriedade indisponibilizada, pois conforme se infere da própria matrícula (f. 23), a servidão atinge somente terrenos compreendidos na distância que vai até 15 metros para a parte da terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias, por efeito do reservatório da Usina Hidrelétrica de Itaipu, podendo o proprietário utilizar o imóvel no mais sem nenhum ônus, observada a área de 97,7027 hectares do mesmo.

Portanto não existe nenhuma circunstância que permita modificação para a conclusão do magistrado singular.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 28 de abril de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2008.023639-3 - Campo Grande
## Quarta Turma Cível
## Relator Des. Dorival Renato Pavan

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RETIRADA DE ALUNO DA SALA DE AULA POR MOTIVO DE INADIMPLÊNCIA – CONDUTA ILÍCITA – CONSTRANGIMENTO – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – OBSERVÂNCIA DE TUTELAS CONSTITUCIONALMENTE ERIGIDAS – DANO MORAL *IN RE IPSA* – CONFIGURADO – *QUANTUM* – ADSTRIÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Retirar aluno inadimplente da sala de aula, ainda que de forma comedida e sem alarde, gera, de *per si*, danos de cunho moral.

O enfrentamento da inadimplência deve ser efetivado por mecanismos próprios, visto que a instituição de ensino pode receber o crédito por meio de ações judiciais de cobrança e execução, nada justificando a utilização de recursos ofensivos à dignidade de jovens matriculados em estabelecimento.

Nos termos dispostos no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, o consumidor inadimplente não pode ser exposto ao ridículo ou ser submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Quem presta serviços de ensino deve fazê-lo observando-se as regras e princípios correlatos, cujos ditames principais são encontrados na Lei Maior, sendo-lhe vedado agir em prejuízo a determinadas tutelas constitucionalmente erigidas, tais como a proteção às crianças e aos adolescentes, a proteção à imagem, etc.

Dano moral que decorre do próprio ato lesivo, não havendo necessidade de comprovação do abalo psíquico, mas tão somente do fato que gerou o sofrimento (dano *in re ipsa*).

O *quantum* indenizatório deve ser balizado com adstrição aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração elementos como, por exemplo, os transtornos gerados e a capacidade econômica do lesante, para assim atender o caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, inerentes aos objetivos da reparação civil.

Recurso dos autores provido.

Recurso da ré prejudicado.

## 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 dos autores e julgar prejudicado o recurso da ré.

Campo Grande, 28 de abril de 2009.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Versam os presentes autos sobre a Ação de Indenização por Danos Morais ajuizada por Aparecida Watifi Ayeb, Vanessa Ayoub Assunção, Mohamed Omar Ayoub Neto **e** Andressa Ayoub Assunção perante o douto juízo da Quarta Vara Cível da Comarca de Campo Grande, sob o n. 001.04.107600-2, em face da Fundação Lowtons de Educação e Cultura – Funlec**.**

Extrai-se da inicial que os autores Vanessa, Mohamed Omar e Andressa eram alunos devidamente matriculados na fundação requerida, prestadora de serviços educacionais. Ocorre que, no início do ano de 2003, eles teriam sido retirados da sala de aula por conta de uma suposta dívida gerada por falta de pagamento das mensalidades escolares, atitude que causou grande vexame e constrangimento.

Não é só isso, segundo consta da inicial, no ano letivo de 2004, os autores foram impedidos de realizarem nova matrícula, sob o argumento de que se encontravam inadimplentes. Foi solicitada, então, a entrega dos documentos necessários para que a transferência a outras instituições fosse viabilizada, pedido este que foi negado pela requerida, argumentando novamente a inadimplência. Referidos documentos somente foram fornecidos aos requerentes após notificação extrajudicial.

Diante desses fatos, os ofendidos ingressaram com a presente ação indenizatória com o propósito de obter a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um, totalizando a quantia de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Em sua sentença às f. 419-423, o juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado na inicial e condenou os demandantes ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais).

Ambas as partes apelaram do *decisum* de primeiro grau.

Em suas razões recursais (fls. 429-445), os autores apelantes, em suma, alegaram que o juízo singular equivocou-se quando da análise dos autos, porquanto não visualizou os danos morais por eles suportados em decorrência das atitudes tomadas pela instituição de ensino em face da inadimplência. Que a recusa na entrega de documentação para a transferência, a retirada dos alunos recorrentes da sala e o impedimento de retornarem às aulas, causaram-lhes abalos emocionais, em razão da vergonha e humilhação pela situação vexatória a que foram expostos. Por fim, requereram o conhecimento e o provimento do recurso para, reformando integralmente a sentença, julgar procedente o pedido inaugural, de reparação por danos morais, invertendo-se o ônus da sucumbência.

De outra parte, a ré apelante interpôs recurso adesivo às fls. 450-455 insurgindo-se contra a importância fixada na sentença para os honorários advocatícios, pois considerou o valor de R$ 1.200,00 ínfimo em relação ao valor dado à causa, qual seja, R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Às fls. 458-478, a ré apelada, Fundação Lowtons de Educação e Cultura – FUNLEC, apresentou contrarrazões em resposta ao recurso de apelação cível interposto pelos autores às f. 429-445. Rebateu as razões recursais e pugnou pelo improvimento do recurso e pela manutenção da sentença.

Contrarrazões apresentada pelos demandantes recorridos às f. 490-497, em resposta ao recurso adesivo de f. 450-455. Preliminarmente, suscitaram o não- conhecimento do recurso e, no mérito, requereram que lhe seja negado provimento.

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Ambas as partes interpõem apelação cível em face da sentença proferida às fls. 419-423, em que o Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido inicial da Ação de Indenização por Danos Morais que Aparecida Watifi Ayeb, Vanessa Ayoub Assunção, Mohamed Omar Ayoub Neto e Andressa Ayoub Assunção ajuizaram em face de Fundação Lowtons de Educação e Cultura – FUNLEC.

Na sentença apelada (f. 88-100), o douto magistrado julgou improcedente o pedido inicial e condenou o requerido ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixou em R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais).

I. Inicialmente, aprecio o recurso de apelação dos requerentes Aparecida Watifi Ayeb, Vanessa Ayoub Assunção, Mohamed Omar Ayoub Neto e Andressa Ayoub Assunção:

Da leitura das peças processuais é possível extrair que a demanda teve origem no ano 2003 quando os autores Vanessa Ayoub Assunção, Mohamed Omar Ayoub Neto e Andressa Ayoub Assunção, alunos matriculados à requerida, foram retirados da sala de aula e impedidos de retornarem até que as respectivas mensalidades escolares fossem adimplidas. Não só isso, quando os autores optaram pela transferência para outra escola, a requerida dificultou a entrega da documentação necessária, ainda sob o argumento de inadimplência.

Para os demandantes, referidas condutas ocasionaram-lhes abalos emocionais, em razão da vergonha e humilhação pela situação vexatória a que foram expostos, o que deu ensejo à propositura da presente ação de indenização por danos morais.

O juízo julgou improcedente o pedido inicial, oportunizando a interposição do recurso de apelação cível ora analisado.

Os requerentes, ora apelantes, alegam que o juízo singular equivocou-se quando da análise dos autos, porquanto não visualizou os danos morais por eles suportados em decorrência das atitudes tomadas pela instituição de ensino em face da inadimplência das mensalidades escolares. Requereram, então, o conhecimento e provimento do recurso para, reformando integralmente a sentença, julgar procedente o pedido inaugural, de reparação por danos morais, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Entendo assistir razão em parte aos apelantes.

O ponto nodal a ser esclarecido para se chegar a uma satisfatória solução do litígio conduz a seguinte pergunta: a retirada dos estudantes da sala de aula e a dificuldade na liberação da documentação para a transferência ocasionaram-lhes, efetivamente, prejuízos de ordem moral?

Com outras palavras, por se tratar de uma ação exclusivamente reparatória, não há aqui relevância em discutir acerca da existência ou não de débito pendente, devendo a apreciação de o presente recurso ater-se tão-somente à hipótese de que, em razão das condutas praticadas pela requerida, os autores foram ou não prejudicados em seu patrimônio moral.

Preambularmente, urge consignar que o dano moral deve ser arbitrado quando a ofensa é capaz de gerar lesão a direitos intrínsecos à personalidade do indivíduo, violando, por exemplo, sua intimidade, honra e imagem. Sendo assim, para que haja caracterização do dever de indenizar, é imprescindível a evidência de uma circunstância gravemente injuriosa, relevante o suficiente para ocasionar ao ofendido dano em seu patrimônio moral.

Nesse sentido, já salientou Rui Stoco que *"a primeira premissa é de que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano efetivo"*. E continua:

> De tudo se conclui que, ou aceitamos a idéia de que a ofensa moral se traduz em dano efetivo, embora não patrimonial, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, ou haveremos de concluir que a indenização tem mero caráter de pena, como punição ao ofensor e não como reparação ou compensação ao ofendido. E não temos dúvida de que de dano se trata, na medida em que a Constituição Federal elevou à categoria de bens legítimos e que devem ser resguardados, todos aqueles que são a expressão imaterial do sujeito; seu patrimônio subjetivo, como a dor, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem que, se agredidos, sofrem lesão ou dano que exige reparação.

Dessa forma, para que haja condenação à reparação pretendida, é necessário que os autores comprovem o fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333 do Código de Processo Civil, devendo acostar aos autos elementos que demonstrem o fato e o suposto dano sofrido.

Pois bem.

Incontroverso nos autos que realmente houve animosidades envolvendo as partes litigantes, à medida que, devido à falta de pagamento das mensalidades escolares, os requerentes Vanessa Ayoub Assunção, Mohamed Omar Ayoub Neto e Andressa Ayoub Assunção foram retirados da sala de aula, tendo, posteriormente, a instituição de ensino requerida criado entraves na disponibilização dos documentos que viabilizassem a transferência dos alunos para outra escola.

A questão discutida e posta à apreciação deste Tribunal de Justiça consiste em saber se a ré, ora apelada, agiu de forma a expor os autores, ora apelantes, a uma situação constrangedora, ofendendo sua honra e dignidade, e gerando o dano moral passível de reparação.

Primeiramente, examino a questão referente ao chamado dos alunos na sala de aula para se dirigirem à coordenação da escola.

Conforme já salientei, restou evidente nos autos que, de fato, os estudantes foram obstados de permanecerem em sala de aula, por suposta inadimplência das mensalidades, tendo sido eles encaminhados para a coordenação, bem como impedidos de assistirem às aulas até que a situação ao setor financeiro da escola fosse regularizada.

Da análise dos autos, das alegações das partes, corroborado com os depoimentos colhidos durante a instrução processual, verifica-se desde logo que a retirada dos alunos da sala de aula aconteceu de forma pacífica e sem alarde. Esse foi o entendimento perfilhado na sentença pelo douto juízo, constituindo em motivo preponderante para o pedido inicial ter sido julgado improcedente na primeira instância.

Entrementes, em que pese os funcionários da escola terem agido de forma comedida, a meu ver, a atitude de invocar os alunos durante a aula para que se dirigissem à coordenação, ficando eles, inclusive, impedidos de retornarem à sala até o pagamento das mensalidades em atraso, de *per si*, gera danos de cunho moral.

Isso porque, muito embora os autores-apelantes não tenham sido manifestamente humilhados e ridicularizados perante seus colegas, obviamente que a retirada abrupta da sala de aula propiciou especulações sobre o acontecido. É inegável, no meu ponto de vista, que as indagações, sob as quais certamente os suplicantes foram mais tarde submetidos, os colocaram numa situação constrangedora, conquanto não há dúvida de que se sentiram envergonhados por não poderem frequentar o ambiente escolar em razão de débitos pendentes.

Isso pode ser facilmente conferido pelo teor do testemunho prestado pela ofendida Vanessa Ayoub Assunção. Vejamos:

> [...] Que quando a declarante voltou para pegar o material o professor perguntou porque estava saindo com o material, quando a depoente disse que era um probleminha. Que o motivo a declarante não disse ao professor que era a falta de pagamento. Que quando sairam do colégio para irem embora com a mãe uma colega da declarante de nome Ariene foi falar com a declarante, por ser amiga da declarante, a qual perguntou o que estava acontecendo, tendo a declarante dito que estava com um probleminha de débito. [...] Que depois que a declarante retornou às aulas alguns alunos perguntaram o que tinha ocorrido, sendo que para os mais chegados contou [...] (Termo de depoimento de Vanessa Ayoub Assunção – f. 330-331).

Outrossim, penalizar os estudantes, menores à época, não se perfaz em meio legítimo para forçar o cumprimento da obrigação, porquanto o enfrentamento da inadimplência deve ser efetivado pelos mecanismos próprios. Para receber o crédito que possui frente a alunos inadimplentes a instituição requerida dispõe de ações judiciais de cobrança e execução, nada justificando a utilização de recursos ofensivos à dignidade de jovens matriculados em seu estabelecimento de ensino.

Nesse contexto, cumpre registrar que, nos termos dispostos em seu art. 42, o Código de Defesa do Consumidor proíbe o consumidor inadimplente de ser exposto ao ridículo ou ser submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

O que o Código Consumerista pretende é *"evitar que o vexame seja utilizado como ferramenta de cobrança de dívida. Expor ao ridículo quer dizer envergonhar, colocar o consumidor perante terceiros em situação de humilhação. Pressupõe, então, que o fato seja presenciado ou chegue ao conhecimento de terceiros. Em certas circunstâncias, basta a possibilidade ou o perigo de que tal ocorra"*.

À vista disso, considerando que cobrança de dívida deve ser realizada pelos meios próprios para tal fim, não podendo o credor utilizar-se de meios oblíquos, mormente quando expõe o devedor ao ridículo, pode-se afirmar que o meio escolhido pela ré mostrou-se indevido, caracterizando-se a ocorrência do ato ilícito.

Ora, os requerentes foram convocados para se retirarem enquanto estavam em aula, gerando comentários entre os colegas, e ainda a situação vergonhosa teve de ser encarada perante alguns funcionários da escola. Tal penalidade pedagógica não se mostra compatível com princípios e regras integrantes do ordenamento jurídico vigente, existindo meios adequados para a cobrança das referidas mensalidades escolares não pagas, o que torna induvidosa a falta de ética que acabou por expor a honra e a idoneidade dos estudantes.

O tratamento que a questão recebeu por parte da apelada revela a *"postura dos que tratam a educação como um objeto de mercancia qualquer, desprezando as regras que regem a matéria, expressas em sede constitucional"*. O art. 209 da Constituição Federal, ao prever que o ensino é *"livre à iniciativa"*, não dispensou o cumprimento das normas gerais da educação nacional, ou seja, *"se o particular deseja participar do processo educacional imposto pelo Estado-Administração, deve fazê-lo sob a supervisão deste e dentro das regras e princípios estabelecidos, cujos ditames principais são encontrados na Lei Maior do país"*.

Os alunos requerentes não só tiveram de suportar uma situação vexatória, como foram tolhidos em continuar a participar das aulas, atitude que não coaduna com determinadas tutelas constitucionalmente erigidas, tais como, a proteção às crianças e aos adolescentes, a proteção à imagem, etc.

Assim, no meu sentir, o só fato de serem compelidos a deixarem a sala de aula rumo à coordenação, bem como serem obstados de cursarem as aulas, já gera o dano moral objeto de indenização, o qual, por decorrer do próprio ato lesivo, não há necessidade de comprovação do abalo psíquico.

O Superior Tribunal de Justiça entende que quanto ao dano moral, em si mesmo, não há falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano *in re ipsa*.

Nesta seara, em caso semelhante, decidiu o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> [...] responsabilidade civil. danos morais. obstaculização para permanência em sala de aula em função de inadimplência de matrícula. conduta ilícita verificada. dano moral. configurado. quantum minorado. Enseja abalo sensível ao elemento anímico de qualquer indivíduo o fato de ter obstada a permanência em sala de aula, diante dos colegas, em razão de suposta inadimplência de valor a título de matricula [...]. (TJRS, AC n. 70022342182, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, julgado em 12.12.07).

Desse modo, entendo que os funcionários da escola, agindo em nome dela, não poderiam ter solicitado a retirada dos alunos da sala de aula conduzindo-os à coordenação para impelir a quitação do débito. Ao instituir um procedimento punitivo aos alunos inadimplentes, retirando-os da sala durante a aula e conduzindo-os até o setor competente para o pagamento de débitos, a requerida produziu inexorável constrangimento aos alunos, na medida em que os expôs a conhecimento e/ou julgamento de alunos, professores e funcionários da escola.

Neste sentido, por vislumbrar a presença dos elementos formadores da obrigação da fundação requerida indenizar os autores Vanessa Ayoub Assunção, Mohamed Omar Ayoub Neto e Andressa Ayoub Assunção pelos danos morais que eles sofreram, retifico a decisão apelada neste ponto.

Em relação ao valor da indenização por danos morais, entendo que ele deve ser fixado com ponderação, levando-se em conta o dano experimentado, a conduta que o causou e a situação econômica das partes. Não deve ser excessivo, para evitar enriquecimento sem causa de quem o recebe, nem deve ser inexpressivo, estimulando a reincidência da parte condenada.

Reputo como razoável o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser pago pela fundação requerida a cada um dos autores, pois assim o faço com base nos critérios adotados pela doutrina e jurisprudência, quais sejam: a situação econômica das partes, a intensidade da culpa do condenado e a relevância da lesão que seu ato causou.

É preciso ainda dizer que não há ressarcimento algum a ser efetuado em relação ao retardamento na entrega da documentação para transferência, motivo pelo qual fica excluída do recebimento da indenização a apelante Aparecida Watifi Ayeb.

Assim concluo, porque, da análise dos autos, aufere-se que o ocorrido foi apenas uma situação que causou mero dissabor à autora-apelante, inapto, assim, para configurar dano de ordem moral. Pelo que se extrai dos autos, a autora Aparecida Watifi Ayeb não sofreu nada além de mero constrangimento, oriundo do óbice imposto pela requerida para a liberação dos documentos para a transferência.

Como bem enfatizou o douto juízo de primeiro grau, tal problema fora contornado sem grandes transtornos, tanto é que os alunos requerentes conseguiram obter a transferência para outras instituições de ensino, dando prosseguimento aos estudos sem prejuízo ao aprendizado.

Visto que não restou inconteste que a autora Aparecida Watifi Ayeb sofreu algum tipo de dano moral, não deve ser acatado o presente recurso nesta parte, sendo mantida, por conseguinte, a sentença de primeiro grau neste ponto.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto pelos autores e lhe dou parcial provimento para condenar a ré, Fundação Lowtons de Educação e Cultura – FUNLEC, a pagar aos autores Vanessa Ayoub, Mohamed Omar Ayoub Neto e Andressa Ayoub Assunção indenização por danos morais no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), a ser dividido entre eles em partes iguais, correspondente a 10.000,00 (dez mil reais) cada, monetariamente corrigíveis desde a data da publicação deste acórdão, pelo IGPM-FGV, mais juros moratórios contados do evento danoso.

Por fim, condeno a ré ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação, monetariamente corrigido.

Em consequência, julgo prejudicada a apelação interposta pela ré, por seu objeto ser exclusivamente a pretensão de majoração do valor dos honorários advocatícios.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DOS AUTORES E JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO DA RÉ.

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

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

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

Campo Grande, 28 de abril de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2008.037621-9 - Campo Grande
## Quarta Turma Cível
## Relator Des. Dorival Renato Pavan

E M E N T A – AÇÃO DECLARATÓRIA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE RISCO – RAIO X – INEXISTÊNCIA DE DIREITO DO SERVIDOR À APOSENTADORIA ESPECIAL – ARTIGO 40, § 4º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL–NORMADEPENDENTEDECOMPLEMENTAÇÃOLEGISLATIVA–AUSÊNCIADE LEI REGULAMENTADORA – RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA INTEGRALMENTE.

O servidor público estadual não tem direito à aposentadoria especial por exercer atividade de risco enquanto não for editada lei que regulamente o previsto no artigo 40, § 4º, II, da Constituição Federal, que é norma dependente de complementação legislativa.

Recurso do autor improvido. Sentença mantida.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Versam os presentes autos sobre a Ação Declaratória com Pedido de Tutela Antecipada proposta por Ozualdo Aparício Barros Dalávia perante o douto juízo da Terceira Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos sob o n. 001.07.061708-3 em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

A presente ação foi ajuizada porque o autor, funcionário público permanente, exercendo atividade de médico radiologista, pretende obter o reconhecimento o direito de se aposentar. Na inicial, alegou que faz *jus* à aposentadoria especial, em virtude de contar com mais de 25 anos de exercício em atividade comprovadamente insalubre. Fundamentou seu pedido no Decreto Estadual n. 2.285/83, arts. 40, § 4º, e 201, § 1º, ambos da CF/88; Lei n. 1.234/1950; artigos 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991 e Decreto n. 83.080/1979. Sustentou que deve ser aplicada ao caso a legislação federal citada, pois a legislação estadual é omissa quanto à aposentadoria especial para os servidores que trabalhem expostos ao raio x.

Ante a ausência de regulamentação específica sobre a matéria, o juízo *a quo*, em sua sentença de f. 206-214, julgou improcedente o pedido inaugural. Condenou, outrossim, o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados no importe de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Irresignado, o requerente apelou do *decisium* de primeiro grau.

Em suas razões recursais (f. 221-234), o apelante, em suma, aduz que o problema deve ser solucionado mediante a aplicação dos costumes, analogia e princípios gerais do direito para integrar a lacuna legislativa.

Alega que sua atividade (médico radiologista) é de alto risco, conforme previsão constitucional e pelo Decreto Estadual n. 2285/1983. Neste sentido, afirma que de qualquer norte que se analise a questão fica claro que até a presente data está vinculado ao Decreto estadual, anterior à Constituição Federal de 1988, que continua em vigor, diante de sua recepção pela nova ordem constitucional.

Por fim, requer o provimento de seu recurso e o reconhecimento de que tem direito de se aposentar com 25 anos de serviço, por exercer atividade de alto risco.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou suas contrarrazões à f. 240.

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

O apelo não merece provimento.

O autor, ora apelante, funcionário público estadual, pretende que o Poder Judiciário reconheça a possibilidade dele se aposentar com 25 anos de serviço e não 35, sustentando que por atuar como médico radiologista, diante da previsão constitucional (artigo 40, § 4º, da CF) e do Decreto estadual n. 2285/83, tem este direito.

Observo que a Emenda Constitucional n. 47/2005 modificou a redação do artigo 40, da Constituição Federal, cujo parágrafo quarto, inciso II, passou a prever o seguinte:

> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores.
>
> [...] II que exerçam atividades de risco.

Assinalo que o parágrafo 4º do artigo 40 da Constituição Federal é norma de eficácia relativa dependente de complementação legislativa, ou norma de eficácia contida nas palavras de José Afonso da Silva. Portanto, seus efeitos positivos são diferidos para momento futuro, após a edição da lei complementar que regule o direito assegurado em seu texto.

Alexandre de Moraes assinala que este tipo de norma não recebe do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, porque ele (constituinte) deixou ao Legislativo a tarefa de regulamentar a matéria. Por essa razão a norma não poderá produzir todos os seus efeitos de imediato, pois tem aplicabilidade apenas mediata, já que seus efeitos ocorrerão apenas após o regramento infraconstitucional.

Diante desta circunstância, entendo que há necessidade da edição de lei complementar que regule o direito pleiteado pelo apelante para que lhe seja concedida a aposentaria especial por exercício de atividade de risco.

O Supremo Tribunal Federal julgou a matéria diversas vezes e sempre entendeu que sendo inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, por via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91. Assim, decide pela inexistência de direito do servidor à aposentadoria especial, pois entende que a norma inscrita no art. 40, § 1º (atual § 4º), da Constituição Federal, não conferiu originariamente a nenhum servidor público o direito à obtenção de aposentadoria especial pelo exercício de atividades perigosas, insalubres ou penosas; o mencionado preceito constitucional apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, instituir outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso do exercício dessas atividades, faculdade ainda não exercitada.

Transcrevo algumas ementas destas decisões:

> MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91.(MI n. 758, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 1.7.08, DJ 182 DIVULG 25.9.08 PUBLIC 26.9.08m EMENT VOL 02334-01, PP-00037, RDECTRAB v. 15, n. 174, 2009, p. 157-167).

> MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91. (MI n. 721, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30.8.07, DJ 152, DIVULG 29-11-2007, PUBLIC 30.11.07, DJ 30.11.07, PP-00029, EMENT VOL-02301-01, PP-00001, RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

> EMENTA: Servidor público do Distrito Federal: inexistência de direito à aposentadoria especial, no caso de atividades perigosas, insalubres ou penosas. O Supremo Tribunal, no julgamento do MI n. 444-QO, Sydney Sanches, RTJ 158/6, assentou que a norma inscrita no art. 40, § 1º (atual § 4º), da Constituição Federal, não conferiu originariamente a nenhum servidor público o direito à obtenção de aposentadoria especial pelo exercício de atividades perigosas, insalubres ou penosas; o mencionado preceito constitucional apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, instituir outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso do exercício dessas atividades, faculdade ainda não exercitada. (REsp n. 428511 em AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 14.2.06, DJ 17-03-2006, PP-00015, EMENT VOL-02225-04, PP-00765).

Ademais, o Decreto Estadual n. 2285/1983 não assegura ao servidor a aposentadoria especial, apenas regula a atividade dos servidores que no exercício de suas atribuições operem direta e permanentemente com raios-x ou substâncias radioativas.

Portanto, diante da ausência de norma regulamentadora da aposentadoria especial requerida pelo apelante, seu pedido deve ser julgado improcedente, como feito na sentença apelada, que não deve ser reformada.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto pelo autor e nego-lhe provimento, mantendo a sentença apelada em todos os seus termos.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Rêmolo Letteriello e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2009.003695-4 - Sonora
## Quarta Turma Cível
## Relator Des. Dorival Renato Pavan

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – PREVISÃO DE REBATE (ABATIMENTO) DE QUARENTA POR CENTO SOBRE AS PRESTAÇÕES QUITADAS NO PRAZO DE VENCIMENTO – PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE PAGAMENTO POR ADITIVO CONTRATUAL – ALONGAMENTO DA DÍVIDA – MANUTENÇÃO DO DIREITO DOS AUTORES AO REBATE – RECURSO PROVIDO.

Somente nos casos de mora no pagamento das prestações ou de desvio de finalidade dos recursos financiados é que os autores perderiam o direito à redução sobre o valor principal do débito.

Assim, a prorrogação do prazo para o pagamento prevista no aditivo de ratificação e retificação da cédula de crédito rural não teve o condão de afastar o direito dos autores ao abate do percentual estabelecimento em contrato sobre o valor principal da dívida.

Recurso conhecido e provido.

### ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de março de 2009.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de recurso de apelação (f. 115-122) interposto por Genésio Gonçalves e Outros contra a sentença (f. 109-110) em que foi declarada a legalidade do contrato de renegociação da dívida que excluiu a possibilidade de rebate de 40% do débito e, em consequência, foram julgados improcedentes os pedidos de consignação em pagamento e revisional de contrato formulados pelos ora apelantes em face de Banco do Brasil S/A.

Em suas razões recursais (f. 115-122), os apelantes aduziram que, em 1999, pactuaram com a ré um contrato de financiamento de crédito rural, com recursos oriundos do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, o qual previa o abate de 40% sobre o montante principal de cada prestação da dívida que fosse quitada até a data de vencimento.

Sustentaram que as prorrogações do prazo para pagamento ajustadas entre as partes e o prazo concedido por meio da Resolução n. 3373/06 do BACEN não alteraram a cláusula denominada de rebate; bem como que não incorreram em mora no pagamento das parcelas, fazendo jus ao benefício pactuado.

Requereram a reforma da sentença, para que seja mantida a redução de 40% sobre a parcela consignada e as vincendas, caso sejam pagas na data aprazada.

A apelada apresentou contrarrazões às f. 135-139, pugnando pela manutenção da sentença.

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interporto por Genésio Gonçalves e Outros contra a sentença em que foram julgados improcedentes os pedidos de consignação em pagamento e revisional de contrato, pleiteando a manutenção do abatimento de 40% aos contratos de cédulas rurais pignoratícias firmados entre as partes.

Alegam os autores que, em 1999, pactuaram com a ré um contrato de financiamento de crédito rural, o qual previa o bônus de dedução de 40% sobre o montante principal de cada prestação da dívida que fosse quitada até a data de vencimento. Sustentaram que em 20 outubro de 2003 firmaram um aditivo de retificação da cédula rural pignoratícia, após terem sido informados por representantes do Banco do Brasil S.A. que o Governo Federal havia editado uma lei que concedia um prolongamento da dívida, com a manutenção do rebate contratado e acréscimo de 8% no benefício. Relataram, ainda, que, no ano de 2006, houve um prolongamento automático da dívida, que mais um vez não implicou suspensão ao direito do rebate.

Em contestação, o banco réu aduziu que a repactuação referente ao aditivo de retificação da dívida, firmado entre as partes em 20 de outubro de 2003, prorrogou o vencimento das parcelas, alterou a taxa de juros remuneratórios e extinguiu o rebate anteriormente estabelecido, nos termos da Lei n. 10.696/2003.

Não impugnou o prolongamento automático da dívida concedido aos autores em 2006.

O juízo de origem julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, por entender que a renegociação da dívida implicou na perda do direito ao rebate do valor das prestações.

Inconformados, os autores interpuseram o presente recurso de apelação, insistindo na tese de que a repactuação da dívida celebrada em 2003 e o prolongamento automático concedido pelo Governo Federal em 2006 não tiveram o condão de extinguir garantias aos agricultores.

Requereram a reforma da sentença, para que seja mantido o rebate de 40% sobre a parcela consignada e as vincendas, caso sejam pagas na data aprazada.

De fato, do exame dos autos constata-se que os autores têm direito ao rebate postulado, ou seja, ao desconto de 40% no valor principal das parcelas quitadas antes ou na data do vencimento.

A cédula rural pignoratícia celebrada entre as partes estabelecia o seguinte (f. 12, 23 e 32):

> REBATE SOBRE O PRINCIPAL - Sobre as parcelas do principal incidirá rebate de 40% (quarenta pontos percentuais), calculados nas suas respectivas amortizações, no vencimento e na liquidação da dívida ou eventuais recebimentos antecipados.

> Estou (amos) ciente (s) de que perderei (emos) o direito ao rebate previsto nesta cláusula caso o pagamento parcial ou total da operação não ocorra nas datas de vencimento ou em caso de desvio ou aplicação irregular do crédito, hipótese em que ficarei (emos) sujeito (s) às penalidades aplicáveis às irregularidades da espécie.

Assim, tão somente nos casos de mora no pagamento das prestações ou de desvio de finalidade dos recursos financiados é que os autores perderiam o direito ao rebate sobre o valor principal do débito.

O direito não foi condicionado à ausência de repactuações ou termos de alongamento da dívida.

Além disso, o aditivo de retificação e ratificação à cédula rural pignoratícia firmado entre as partes no dia 20 de outubro de 2003 não constituiu uma repactuação ou novação da cédula de crédito original, uma vez que inexistem nos autos elementos probatórios que indiquem a existência do *animus novandi*.

A situação que se configura na presente lide é de simples renovação da cédula de crédito rural, em que o banco concedeu, na renovação, novas condições para a quitação da dívida.

A referência que o contrato novo faz ao anterior indica uma continuidade da relação entre banco e cliente, com a manutenção de todas as garantias e benefícios previstos originalmente.

Inclusive, os próprios termos aditivos de retificação e ratificação à cédula rural pignoratícia (f. 16-17, 26-27 e 35-36) previa, em sua cláusula denominada "Inadimplemento", que somente no caso de falta de pagamento das parcelas nas datas pactuadas e enquanto não regularizada operação perderia produtor o direito ao rebate. A retificação do contrato tampouco alterou o percentual de rebate das parcelas, visto que inexiste previsão neste sentido, e foram ratificadas todas as cláusulas do pacto original que não sofreram alteração expressa no aditivo contratual, conforme estabeleceu a cláusula denominada "Encerramento" do mesmo instrumento contratual.

Ressalte-se que não restou comprovado nos autos que incorreram os autores em mora. Ao revés, as parcelas referentes aos anos de 2007 e 2008 foram consignadas em juízo dentro do prazo estipulado pelas partes, consoante demonstram os comprovantes de f. 40 e f. 125, e o réu nem sequer mencionou a ausência ou o atraso no pagamento das prestações anteriores.

Fazem jus os autores, dessa forma, ao rebate de 40% (quarenta por cento) sobre as prestações quitadas até a data de vencimento do débito, tal como previsto na cédula rural e no aditivo celebrado entre as partes.

No tocante ao alongamento da dívida concedido aos autores em 2006, cumpre destacar que o réu não impugnou os efeitos desse alongamento do prazo para pagamento sobre o direito ao rebate.

E, ainda que houvesse a insurgência, revelar-se-ia insuficiente para afastar o direito dos autores ao benefício em questão, visto que o alongamento da dívida não é mera faculdade, mas, sim, direito do devedor rural, desde que preenchidos os requisitos legais. Portanto, a alteração do prazo para o pagamento não constitui o devedor em mora ou altera as demais cláusulas da cédula de crédito rural, mantendo-se o direito dos autores ao rebate do valor das prestações.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de apelação e julgo procedentes os pedidos formulados na inicial, a fim de declarar o direito dos autores Genésio Gonçalves, Mário de Oliveira Souza e Geraldo Fernandes da Silva ao rebate de 40% (quarenta por cento) sobre as prestações do valor principal da dívida representada pela cédula rural pignoratícia firmada entre as partes, desde que quitadas até a data do vencimento; bem como para declarar quitados os valores consignados pelos autores nos autos e extintas as obrigações decorrentes das parcelas depositadas, até o limite dos valores depositados.

Em consequência, condeno o réu Banco do Brasil S.A. ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que os fixo em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com fundamento no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, atentando-se ao número e a qualidade das intervenções do advogado dos autores, ao grau de dificuldade da causa e ao tempo de tramitação da demanda, a ser corrigido a partir da data da publicação do presente acórdão, até seu efetivo pagamento, pela variação nominal do IGPM-FGV.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

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

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

Campo Grande, 24 de março de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2008.003428-7 - Nova Andradina
## Terceira Turma Cível
## Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PSORÍASE – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINAR DE SENTENÇA *ULTRA PETITA* – REJEITADA – FORNECIMENTO DE REMÉDIO – DEVER CONSTITUCIONAL – ART. 196, CF – RECURSO IMPROVIDO.

O dever do Estado em garantir a prestação assistencial à saúde não pode esbarrar em legislação infraconstitucional envolvendo interesse financeiro. Deve ser afastada toda e qualquer postura tendente a negar a consecução desses direitos, para prevalecer o respeito incondicional à vida.

O art. 196 da Constituição Federal prescreve que é dever do Estado garantir o acesso universal e igualitário das pessoas à saúde, estando este dever constitucional acima de qualquer lei, portaria ou qualquer outro ato normativo, porquanto o que se visa garantir é o direito primordial à vida.

## 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, rejeitar a preliminar. Unânime. No mérito, por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de março de 2009.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, proposta por Dorival Dorta Rodrigues, concedeu a liminar e no mérito condenou o Estado ao fornecimento do medicamento Enfalizumabe Raptiva, enquanto perdurar o tratamento do autor e sem interrupção, sob pena de multa diária de R$ 100,00 (cem reais) por cada dia de atraso.

Sustenta que a sentença *a quo* deve ser invalidada por mostrar-se *ultra petita*, pois o autor pugnou pelo medicamento pelo prazo de 06 meses e alterou seu pedido, em fase posterior à postulatória, para o fornecimento por prazo indeterminado, o qual foi concedido pelo magistrado.

Alega o apelante que não se mostra omisso no atendimento das situações patológicas, nem no presente caso, pois fornece medicamento adequado ao tratamento da psoríase, qual seja, o INFLIXIMAB (REMICADE).

Enfatiza que as listas de medicamentos do SUS maximizam a eficiência para o tratamento igualitário aos cidadãos e universalização do atendimento. A não observação de tais listas torna tudo mais caótico, pois o gestor fica obrigado a fornecer um medicamento que não possui no estoque, havendo um gasto maior das verbas que estavam destinadas para outra compra.

*In fine*, pugna pelo provimento do recurso, para se reformar a decisão vergastada, a fim de que seja determinado o fornecimento do medicamento que disponibiliza (INFLIXIMAB).

Em contrarrazões de f. 92 *usque* 95, propugna pelo improvimento do recurso.

A PGJ opinou pela nulidade do processo, ante a ausência de manifestação do Ministério Público de 1º grau e no mérito pelo improvimento do recurso, conforme f. 100 *usque* 107.

## VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, proposta por Dorival Dorta Rodrigues, concedeu a liminar e no mérito condenou o Estado ao fornecimento do medicamento Enfalizumabe Raptiva, enquanto perdurar o tratamento do autor e sem interrupção, sob pena de multa diária de R$ 100,00 (cem reais) por cada dia de atraso.

Sustenta que a sentença *a quo* deve ser invalidada por mostrar-se *ultra petita*, pois o autor pugnou pelo medicamento pelo prazo de 06 meses e alterou seu pedido, em fase posterior à postulatória, para o fornecimento por prazo indeterminado, o qual foi concedido pelo magistrado.

Alega o apelante que não se mostra omisso no atendimento das situações patológicas, nem no presente caso, pois fornece medicamento adequado ao tratamento da psoríase, qual seja, o INFLIXIMAB (REMICADE).

Enfatiza que as listas de medicamentos do SUS maximizam a eficiência para o tratamento igualitário aos cidadãos e universalização do atendimento. A não observação de tais listas torna tudo mais caótico, pois o gestor fica obrigado a fornecer um medicamento que não possui no estoque, havendo um gasto maior das verbas que estavam destinadas para outra compra.

Primeiramente, insta consignar que eventual nulidade por ausência da manifestação do MP em 1º grau foi suprida, diante da manifestação do *Parquet* em segundo grau de jurisdição. Vejamos.

Analisando detidamente todo o processado, tenho que, a ausência de manifestação do representante do Ministério Público não trouxe nenhum prejuízo para as partes, ainda mais se levarmos em conta que a não intervenção em primeiro grau pode ser suprida pela intervenção da Procuradoria-Geral de Justiça na fase recursal, competindo ao procurador apontar o prejuízo das partes.

No caso, o parecer da Procuradoria ateve-se à nulidade ante a ausência do Ministério Público no feito, mas não se infere dele nenhum prejuízo substancial, mesmo porque não o há.

Dessa forma, inexistindo lesão não seria correto interromper a marcha processual, e, mover, novamente, a máquina judiciária, simplesmente pelo apego às formalidades.

A propósito, trago à colação lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, citando a VI ENTA - concl. 42, *in verbis*: *"A intervenção da Procuradoria de Justiça em segunda instância evita a anulação do processo no qual o MP não tenha sido intimado em primeiro grau, desde que não demonstrado prejuízo ao interesse do tutelado."*

Este é o entendimento do STJ: *"A não intervenção do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição pode ser suprida pela intervenção da Procuradoria de Justiça perante o colegiado de segundo grau, em parecer cuidando do mérito da causa sem arguir prejuízo nem alegar nulidade. [...]"* (STJ, REsp n. 2903/MA, Quarta Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, julgado em 7.5.91, DJ 10.6.91, p. 7852).

Dessa feita, diante da manifestação de f. 100-107, rejeito a preliminar de nulidade do processo por ausência de intimação do Ministério Público em primeiro grau.

Passo à análise recursal.

Tenho que o recurso não merece provimento, pelos motivos que passo a elucidar.

Preliminar de sentença *ultra petita*

O pedido de fornecimento do remédio *in casu*, inicialmente, foi pelo prazo de 06 meses, mas, após o término de tal prazo, o médico averiguou que havia a necessidade de o apelado continuar o tratamento, razão pelo qual foi requerido o fornecimento por prazo indeterminado, isso, por si só, não consubstancia o vício de julgamento *ultra petita*, considerando a corrente jurisprudencial, segundo a qual: *Se a sentença, ao julgar procedente o pedido, abrange a matéria posta no pedido inicial dos autores, não se verifica nulidade por julgamento ultra petita* (REsp n. 182687/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 3.11.03, p. 337). É o caso dos autos, visto que o fornecimento do remédio constou expressamente da inicial.

Assim, o argumento de que a prestação jurisdicional teria extrapolado os limites do pedido (artigos 128 e 460 do CPC), ao determinar o fornecimento do medicamento por prazo indeterminado e não somente pelo prazo de 06 meses, não implica em nulidade alguma.

Assim, rejeito essa preliminar.

Passo à análise do mérito.

O artigo 196 da CF dispõe que a "*saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*".

Prevê ainda a Carta Magna a universalidade da cobertura e do atendimento pela seguridade social (parágrafo único, I, do art. 194) e o atendimento integral como diretriz das ações e serviços públicos de saúde (art. 198, II).

Por sua vez, a Lei n. 8.080/90, que regulamenta o Sistema Único de Saúde, em seu art. 2º, prevê que "*a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício*".

Já o art. 1º da Carta Política instituiu como fundamento a dignidade da pessoa humana, prevendo em seu art. 5º, *caput*, o direito à vida.

À luz desses preceitos, evidencia-se que todo e qualquer cidadão tem direito à saúde, não podendo o Estado, simplesmente, se furtar a tal desiderato.

O fornecimento gratuito de medicamentos possui cunho social, possibilitando que pessoas carentes tenham garantido todo o procedimento necessário à defesa de seu direito consagrado constitucionalmente.

O medicamento, ainda que não padronizado, deve ser fornecido gratuitamente pelo Estado se comprovada a sua necessidade, pois deve haver proporcionalidade entre os bens tutelados, devendo sempre preponderar o direito à saúde como corolário maior do direito à vida, constitucionalmente garantido.

O dever do Estado em garantir a prestação assistencial à saúde não pode esbarrar em legislação infraconstitucional envolvendo interesse financeiro. Devendo ser afastada toda e qualquer postura tendente a negar a consecução desses direitos, para prevalecer o respeito incondicional à vida.

Os Tribunais Superiores são uníssonos quanto à matéria:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. SÚMULA 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
>
> Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes. (STF, AgRg em Ag n. 616551AgR/GO, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 29.11.07, DJ 30.11.07, p. 92).
>
> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA.
>
> A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves.
>
> Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp n. 507.205/PR, Rel. Min. José Delgado, julgado em 7.10.03, DJU de 17.11.03, p. 213).

É importante explicar que o autor é portador de psoríase, que é uma doença caracterizada pelo surgimento de lesões avermelhadas e descamativas na pele, de evolução crônica, e fez uso dos medicamentos fornecidos pelo Estado para o caso, (ACITRETINA), porém não obteve nenhuma melhora clínica, razão pela qual lhe foi recomendado o uso do medicamento EFALIZUMABE RAPTIVA, único que trouxe resultados satisfatórios a sua saúde, consoante documentos de f. 12 *usque* 24.

*In casu*, o autor fez a demonstração, prévia e insofismável, da necessidade imperiosa do medicamento mencionado na petição inicial, visto o quadro clínico que foi constatado por médico da Secretaria Municipal de Saúde Pública de Nova Andradina, conforme atestados de f. 15 usque 20 dos autos.

Assim, se houve indicação médica, pelo profissional que acompanha o apelado, o qual entende que determinado tratamento ou medicamento é indispensável à manutenção de sua saúde, não pode o Estado recusar-se a fornecê-lo.

Ademais, o fornecimento de medicamento a um administrado necessitado não causará lesão alguma aos cofres públicos, ainda mais quando tal obrigação encontra-se constitucionalmente prevista.

Neste sentido já se manifestou esta Corte em seus julgados, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - SENTENÇA MANTIDA – [...] - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> A Constituição estabelece como dever do Estado o cumprimento do disposto em seu art. 196, razão pela qual o ente estatal pode ser compelido a fornecer os medicamentos necessários ao tratamento de saúde do carente. (AC n. 2008.010055-5, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 20.5.08, Publicado em 4.6.08, DJ 1742).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA PESSOA DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO ESTATAL (SENTIDO GENÉRICO) – DEVER IMPOSTO PELA NORMA INSCULPIDA NO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – CUMPRIMENTO DE FORMALIDADES BUROCRÁTICAS – PRESCINDIBILIDADE – NÃO CONFIGURAÇÃO DE AFRONTA COMETIDA À ORDEM ECONÔMICA E ORÇAMENTÁRIA – IMPOSSIBILIDADE DE QUE SEJA APLICADA A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL – MULTA DIÁRIA – DEVIDA – REDUÇÃO – INOCORRÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196 da Constituição Federal de 1988).
>
> É obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves (REsp n. 507.205 – PR, do qual foi relator o Ministro José Delgado).
>
> A subserviência a meras formalidades e previsões burocráticas contidas em Portarias, não pode prevalecer em detrimento de um direito constitucionalmente garantido.
>
> Não advirá do fornecimento de medicamento a um administrado necessitado lesão alguma aos cofres públicos, ainda mais quando tal obrigação encontra-se constitucionalmente prevista, realidade fática que torna inaplicável em casos análogos ao presente a teoria da reserva do possível.
>
> Consoante entendimento desta Corte, é cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil (AgRg no Ag n. 801351, DF, do qual foi relator o Ministro Gilson Dipp). (AC n. 2009.001124-4, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 3.2.09).

Entre proteger a prerrogativa fundamental de inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável constante na Constituição da República, ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado, impõe ao julgador única opção possível: o respeito incondicional à vida.

Desse modo, não merece reforma a sentença que determinou a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul a fornecer ao autor os medicamentos prescritos por profissional capacitado para tanto.

*Ex positis*, nego provimento à apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

PRELIMINAR REJEITADA. UNÂNIME. NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 30 de março de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2009.004310-0 - Campo Grande
## Terceira Turma Cível
## Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – INVALIDEZ PARCIAL E PERMANENTE – INDENIZAÇÃO – ART. 3º, LETRA "A", DA LEI N 6.194/74 – VINCULAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM SALÁRIO MÍNIMO – CORRETA – COMPETÊNCIA DO CNSP PARA FIXAR A INDENIZAÇÃO COM BASE NAS RESOLUÇÕES – IMPOSSIBILIDADE – PERCENTUAL DA INVALIDEZ PERMANENTE PARA FIXAÇÃO DO *QUANTUM* – DESNECESSIDADE – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 43 DO STJ – RECURSO IMPROVIDO.

A fixação da indenização em salários mínimos não fere a Constituição Federal nem qualquer lei infraconstitucional, devendo ser observado que a Lei n. 6.205/75 estabeleceu a impossibilidade da fixação do salário mínimo como índice de correção monetária, permitindo-se, por conseguinte, a sua utilização com a finalidade de estabelecer o *quantum* da indenização devida.

Estabelece o artigo 3º da Lei n. 6.194/74 que, no caso de invalidez permanente, os danos pessoais cobertos pelo seguro será de até 40 (quarenta) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Não existe distinção entre invalidez total ou parcial, dispondo a Lei n. 6.194/74 que, quando se tratar de invalidez permanente, o valor a título de indenização será de até 40 (quarenta) salários-mínimos.

A correção monetária não se trata de uma adicional que se agrega ao benefício, mas de um índice que visa a recompor o valor real do débito, em virtude da desvalorização da moeda, diante de tal constatação é que se torna justificável a sua incidência a partir da data do evento danoso, em conformidade com a Súmula 43 do STJ.

O termo inicial do prazo de que trata o artigo 475-J, *caput*, do Código de Processo Civil é o próprio trânsito em julgado da sentença condenatória, não sendo necessário que a parte vencida seja intimada pessoalmente ou por seu patrono para saldar a dívida.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de abril de 2009.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de apelação cível interposta por Real Previdência e Seguros S.A., contra a decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que, nos autos de ação de cobrança de seguro obrigatório – DPVAT, proposta por Vilson Rodrigues, julgou procedente o pedido inicial, condenando o apelante ao pagamento da indenização do seguro obrigatório, no valor equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos, vigentes à época do sinistro, corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV, desde então, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, bem como ao pagamento de custas processuais, honorários periciais no valor de R$ 600,00 e honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da condenação, na forma do art. 20, § 3º, do CPC.

Alega em suas razões recursais de f. 126 *usque* 139 que a decisão *a quo* deve ser reformada, visto que não cabe vinculação da indenização ao salário-mínimo para efeito de pagamento do seguro DPVAT, uma vez que a CF/88 recepcionou as Leis n. 6.205/75 e n. 6.423/77, enquanto o art. 3º da Lei n. 6.194/74 foi tacitamente revogado por tais leis.

Afirma que o CNSP é a autoridade competente e apta para baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, segundo o artigo 12 da Lei n. 6.194/74, e que deve ser observada a tabela de cálculo para indenização de invalidez.

Alude que a correção monetária, nas ações relativas ao seguro DPVAT, inclui-se nos demais casos previstos na Lei n. 6.899/81, devendo ter incidência a partir do ajuizamento da ação e não da data do evento danoso.

Pugna que para a incidência da multa prevista no artigo 475-J do CPC, faz-se necessária a intimação pessoal do devedor.

Requer o provimento do presente recurso, com a reforma da decisão de primeiro grau, para que seja determinado o *quantum* indenizatório em conformidade dom o valor estabelecido pelo Conselho Nacional de Seguros vigente à época do sinistro, bem como seja levado em conta a proporcionalidade da lesão sofrida consoante as regras insertas na Tabela da SUSEP.

Em contra-razões de fls. 148 *usque* 158, o apelado propugna pelo improvimento recursal.

## VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Real Previdência e Seguros S.A., contra a decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que, nos autos de ação de cobrança de seguro obrigatório – DPVAT, proposta por Vilson Rodrigues, julgou procedente o pedido inicial, condenando o apelante ao pagamento da indenização do seguro obrigatório, no valor equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos, vigentes à época do sinistro, corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV, desde então, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, bem como ao pagamento de custas processuais, honorários periciais no valor de R$ 600,00 e honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da condenação, na forma do art. 20, § 3º, do CPC.

Tenho que o recurso não merece provimento pelos motivos que passo a elucidar.

**1. Condenação Vinculada ao Salário-Mínimo**

> Sustenta o apelante que não cabe vinculação da indenização ao salário-mínimo para efeito de pagamento do seguro DPVAT, visto que a CF/88 recepcionou as Leis n. 6.205/75 e n. 6.423/77, enquanto o art. 3º da Lei n. 6.194/74 foi tacitamente revogado por tais leis.
>
> O ilustre Prof. Domingos Afonso Kriger Filho, em sua obra "O contrato de seguro no direito brasileiro", 2000, p. 149, ensina, *in verbis*:
>
> Com o advento da Lei n. 6.194 de 19.12.74, a abrangência deste seguro passou, além dos danos pessoais causados por veículo automotores de via terrestre ou sua carga, a compreender também a responsabilidade civil dos proprietários dos veículos automotores de vias fluviais, lacustres, marítima, de aeronaves e dos transportadores em geral, conforme se percebe da redação de seus artigos 1º e 2º.
>
> Como se constata da nova regulação instituída por esta lei, o seguro obrigatório de veículos automotores de via terrestre passou a cobrir somente os danos pessoais suportados pelas vítimas de acidente a título de morte, in validez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos limites previstos no artigo 3º, ficando a indenização por danos materiais sujeitas à prévia contratação do seguro de responsabilidade civil facultativo por parte do interessado.

Nota-se o que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/74:

> Art. 3º. Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no artigo 2º compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada:
>
> a) – 40 (quarenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País – no caso de morte;
>
> b) – Até 40 (quarenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País – no caso de invalidez permanente;
>
> c) – Até 8 (oito) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País – no caso reembolso à vítima – no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas.

Dispõem os artigos 1º e 2º da Lei n. 6.205/75 que:

> Art. 1º. Os valores monetários fixados com base no salário mínimo não serão considerados para quaisquer fins de direito.
>
> Art. 2º. Em substituição à correção pelo salário mínimo, o Poder Executivo estabelecerá sistema especial de atualização monetária.

O artigo 3º da Lei n. 6.194/74, que quantifica em salários-mínimos o valor da indenização, não é incompatível com a Lei n. 6.205/75, que veda o uso do salário mínimo como parâmetro de correção monetária, e com a Lei n. 6.423/77, que estabelece base para correção monetária em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico. De tal modo, a Lei n. 6.194/74 não afronta também o dispositivo constitucional, art. 7º, inciso IV, parte final, da Constituição Federal.

Nesse sentido entende o STJ*:*

> Processual civil. Recurso especial. Agravo no agravo de instrumento. Seguro obrigatório. Acidente de trânsito. Seguradora. Legitimidade passiva. Prequestionamento. Ausência. Fundamentação deficiente. Valor da indenização. Legalidade.
>
> O valor de cobertura do seguro obrigatório de responsabilidade civil de veículo automotor (DPVAT) é de quarenta salários mínimos, não havendo incompatibilidade entre o disposto na Lei n. 6.194/74 e as normas que impossibilitam o uso do salário mínimo como parâmetro de correção monetária. Precedentes. Agravo não provido. (AgRg no Ag n. 742.443/RJ, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 4.4.06, DJ 24.4.06, p. 397).

Como já decidido por aquele Julgador Colegiado, quer pelo marcante interesse social e previdenciário da espécie de seguro previsto na Lei n. 6.194/74, quer porque esta estabelece um simples critério de cálculo indenizatório, não se constitui em fator de correção monetária que aquelas leis buscam afastar.

Não é diverso o tratamento dado à matéria por esta Corte e, de modo especial, por esta Turma:

> A fixação da indenização em salários mínimos não fere a Constituição Federal nem qualquer lei infraconstitucional, devendo ser observado que a Lei n.6.205/75 estabeleceu a impossibilidade da fixação do salário mínimo como índice de correção monetária, permitindo-se, por conseguinte, a sua utilização com a finalidade de estabelecer o quantum da indenização devida. (TJMS, AC n. 2008.019445-9, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 4.8.08).

Entendo que a estipulação da indenização em salário mínimo não afronta a Constituição Federal ou qualquer outra lei infraconstitucional, motivo pelo qual decido que a fixação da indenização deve ser feita nos parâmetros do art. 3º da Lei n. 6.194/74, exatamente como decidiu o julgador singular.

**2. Competência do CNSP**

Afirma o recorrente que o CNSP é a autoridade competente e apta para baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, segundo o artigo 12 da Lei n. 6.194/74.

No que se refere à competência do CNSP para regular as relações que envolvem o seguro obrigatório, suas resoluções não podem inovar na ordem jurídica ou mesmo contrariar texto de lei.

Sendo a resolução a forma pela qual se exprimem as deliberações dos órgãos colegiados, como no caso é o CNSP, suas disposições somente se destinam a regular matérias nos estreitos limites de sua competência específica, não podendo, por esta razão, afrontar normas legais em plena vigência.

Estando em vigor à época do fato os dispositivos da Lei n. 6.194/74, que disciplinam a matéria referente ao seguro obrigatório DPVAT, os valores estipulados nas alíneas do artigo 3º devem ser incondicionalmente observados por todas as seguradoras conveniadas, não podendo suas regras ser suplantadas por disposições contidas em resolução.

Este tem sido o entendimento de nossos Tribunais Superiores, bem como o desta Corte:

> AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – IRRELEVÂNCIA DO GRAU DE PERDA DAS FUNÇÕES PARA A FIXAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO – INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO LEGAL ACERCA DA LESÃO PARCIAL OU TOTAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

> As indenizações previstas nas resoluções expedidas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e nas tabelas divulgadas pela Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados não devem prevalecer em virtude do princípio da hierarquia das leis. (TJMS, AC n. 2008017810-1, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 25.8.08).

As resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados podem estabelecer, tão somente, normas para o pagamento da indenização e a forma da distribuição de responsabilidade entre as seguradoras, o que impede que interfiram no arbitramento do *quantum* indenizatório, em razão de se encontrar este regulado por lei. Ou seja, as resoluções no CNSP não podem ser utilizadas para apuração do *quantum* indenizatório, porque o seu valor é regulado por lei.

Caso tais resoluções fossem aplicadas ao caso em tela, estar-se-ia afrontando o princípio da hierarquia das leis, razão pela qual os valores da indenização previstos na Lei n. 6.194/74 devem prevalecer.

As resoluções do CNSP, que estabelecem valores indenizatórios conflitantes com os fixados na Lei n. 6.194/74, não devem prevalecer sobre a lei ordinária por absoluta falta de amparo legal, motivo pelo qual não merece acolhida a pretensão recursal.

**3. Individualização do Valor Indenizatório.**

Sustenta o apelante que o valor correspondente ao limite máximo da indenização não se aplica ao caso, pois o percentual para aferição do montante depende do grau da lesão permanente.

No que tange ao *quantum* indenizatório, a seguradora se submete aos valores determinados pela Lei n. 6.194/74, que, em seu artigo 3º, alínea "b", preceitua que *"Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no artigo 2º compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada: b) – Até 40 (quarenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País – no caso de invalidez permanente;."*

Após comprovação de que o autor sofreu redução de sua capacidade laboral, e que tal redução é permanente e definitiva, a indenização integral é medida que se mostra necessária, nos moldes da alínea "b" do art. 3º da Lei n.6.194/74, não havendo relevância os critérios estipulados na tabela gradativa de invalidez do órgão que regulamenta o setor para se aferir o "limite máximo indenizável".

O pagamento da indenização do seguro DPVAT decorre da imposição estabelecida em lei (art. 7.º da Lei n. 6.194/74 com a redação da Lei n. 8.441/92), que tem a finalidade precípua de auxiliar as pessoas envolvidas em acidentes de trânsito por veículo identificado ou não, com seguradora identificada ou não, e independentemente de seguro pago ou vencido.

Quando do evento, o autor sofreu politraumatismo, acarretando debilidades permanentes, em decorrência do acidente de trânsito.

Irrelevante a mensuração de redução da capacidade física do autor, uma vez que a lei não faz distinção quanto ao grau de incapacidade, apenas declara a obrigação de indenizar.

Neste sentido é a interpretação dada à matéria nesta Casa:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – IRRELEVÂNCIA DO GRAU DE PERDA DAS FUNÇÕES PARA A FIXAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO – INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO LEGAL ACERCA DA LESÃO PARCIAL OU TOTAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

> A concessão da indenização por invalidez permanente independe do grau de redução definitiva da capacidade funcional do membro atingido, uma vez que a Lei n. 6.194/74 não faz nenhuma diferenciação entre invalidez total e parcial. (TJMS, AC n. 2008.0022492-5, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 25.8.08).

O art. 3º da Lei n. 6.194/74 dispõe que o valor da indenização do seguro, em caso de morte ou invalidez permanente, é devido no patamar de 40 salários-mínimos, independentemente do grau da invalidez.

Não há falar que o valor da indenização deve corresponder ao grau de comprometimento da lesão, nos termos do montante estabelecido nas resoluções do CNSP, sendo assim, não merece acolhimento a pretensão recursal.

**4. Correção Monetária**

Alude o apelante que a correção monetária, nas ações relativas ao seguro DPVAT, inclui-se nos demais casos previstos na Lei n. 6.899/81, devendo o seu cálculo levar em consideração o índice de atualização vigente no mês do ajuizamento da ação e não da data do evento danoso.

A decisão singular está em conformidade com o disposto na Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça, que prescreve: *"Incide a correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo"*.

A correção monetária não é um adicional ao benefício do seguro obrigatório, mas tão-somente a recomposição do valor real do débito em virtude da desvalorização da moeda, portanto torna-se justificável a sua incidência a partir da data do evento danoso.

Neste sentido a manifestação desta egrégia Corte em seus julgados, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) – MORTE – CONDENAÇÃO EM 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS – APLICAÇÃO DO ARTIGO 3°, A, DA LEI N. 6.192/1974 – POSSIBILIDADE DE FIXAR INDENIZAÇÃO EM SALÁRIO-MÍNIMO – TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> A correção monetária deve incidir desde o momento do evento, quando a parte autora auferiu o direito de receber a indenização. Acolher-se o pedido da seguradora, de que a correção monetária tão-só seja computada a partir do ajuizamento da ação, implicaria em deixar de se recompor o poder de compra do valor do crédito da parte autora durante certo período, o que atentaria contra o fim do instituto, que é de manter íntegro o valor da moeda. Recurso improvido. (TJMS, AC n. 2005.004294-8, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 2.5.05).

A Lei n. 6.194/74 apenas vedou a utilização do salário mínimo como correção monetária, mas não para fixação do *quantum* da indenização devida em matéria de seguro obrigatório, e ainda que a incidência da correção monetária deve ser a partir do evento danoso, consoante Súmula 43 do STJ.

**5. Artigo 475-J do CPC**

No que concerne à necessidade de intimação pessoal do devedor para a aplicação da multa prevista no art. 475-J, esclarece-se que o termo inicial para sua incidência é o trânsito em julgado da sentença, não havendo falar em nova intimação para cumprimento da sentença. Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - ARTIGO 475-J DO CPC - TERMO INICIAL PARA A INCIDÊNCIA DA MULTA.

> O termo inicial do prazo de que trata o artigo 475-J, caput, do Código de Processo Civil é o próprio trânsito em julgado da sentença condenatória, não sendo necessário que a parte vencida seja intimada pessoalmente ou por seu patrono para saldar a dívida. Agravo improvido. (AgRg no REsp n. 1076882/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 23.9.08, DJ 8.10.08).

*Ex positis*, nego provimento à apelação cível interposta por Real Previdência e Seguros S.A.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Rubens Bergonzi Bossay e Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 8 de abril de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2009.007050-9 - Campo Grande
## Terceira Turma Cível
## Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO–EXIGIBILIDADEDATARIFADEASSINATURAMENSAL–CONTRAPRESTAÇÃO PELA DISPOSIÇÃO DA LINHA TELEFÔNICA – SÚMULA 356 DO STJ – RECURSO IMPROVIDO.

O pagamento da tarifa (assinatura básica) nada mais representa do que a contraprestação pela disposição da linha telefônica para a efetivação e recebimento de ligação, sendo irrelevante o fato de o contribuinte utilizar ou não a linha. Fazer ligações e recebê-las está no conceito de prestação de serviço.

## 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 as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 13 de abril de 2009.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de apelação cível interposta por Luiz Lopes, contra decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de cobrança c/c repetição de indébito movida por Brasil Telecom S.A..

Em síntese apertada, afirma que devem ser aplicadas ao caso as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Geral de Telecomunicações, as quais limitam a cobrança apenas aos pulsos consumidor, devendo esta Corte extinguir a cobrança mensal da tarifa básica.

Postula, ainda, a condenação da apelada à restituição em dobro dos valores pagos pela tarifa de consumo mínimo "assinatura".

Em contra-razões, a apelada alega preliminar de violação ao princípio da dialeticidade, haja vista que o magistrado singular aplicou ao caso o disposto no art. 285-A do CPC, enquanto que a apelante recorreu de plano do mérito da decisão, sem atacar o precedente.

Ainda em preliminar, afirma ausência de interesse processual em razão de que a linha em questão, por estar incluída em "Plano Alternativo", não contém a cobrança da assinatura básica. No mérito, pugna pelo improvimento do apelo.

## VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Luiz Lopes, contra decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de cobrança c/c repetição de indébito movida por Brasil Telecom S.A**.**

Por questão de prejudicialidade, analiso primeiramente as preliminares levantadas em contra-razões.

Da alegada violação ao princípio da dialeticidade

Afirma a apelada que o magistrado singular aplicou ao caso o disposto no art. 285-A do CPC, enquanto que a apelante recorreu de plano do mérito da decisão, sem atacar o precedente.

Sem razão a apelada.

O artigo 514 do CPC traz os requisitos formais de interposição do recurso de apelação, cuja ausência de qualquer um deles impede o conhecimento do recurso, por falta de pressuposto recursal.

Como é cediço, o processo é dialético, como conseqüência lógica do contraditório, sendo que nele todos os sujeitos do processo que comparecem para a emissão de um ato processual devem motivar, fundamentar e expor as razões de fato e de direito que dão base à pretensão formulada.

Nesse passo, não é difícil constatar que se constitui em elemento indispensável do recurso a apresentação das razões pelas quais se deseja obter a reforma do julgado, exigência esta contida no artigo 514, inciso II do CPC. Somente assim o recorrido poderá insurgir-se contra a pretensão reformista e o Tribunal poderá conhecer ou não do recurso e, pelo mérito, dar-lhe ou negar-lhe provimento.

No contraste entre o ato decisório e as razões para a reforma do que se decidiu, reside o princípio da dialeticidade, o que exige, então, que o recurso deva ser apresentado por petição, com perfeita motivação por parte do recorrente, o qual deve expressamente indicar as razões pelas quais deseja obter do segundo grau de jurisdição um novo pronunciamento judicial.

No caso em apreço, o magistrado, com fulcro no artigo 285-A do CPC, julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial da ação de declaratória de nulidade c.c. repetição de indébito.

Impende esclarecer que, nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil *"quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada"*.

Referido dispositivo, introduzido no Código de Processo Civil pela Lei n. 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, busca a efetividade e celeridade na prestação jurisdicional nos casos em que a matéria posta sob apreciação foi repetidas vezes decididas pelo juízo em feitos idênticos, como o dos autos.

Em contrapartida, conforme se verifica da petição recursal, a apelante tentou demonstrar o desacerto da decisão, impugnando os pontos desta, afirmando ser ilegal a cobrança de assinatura básica e postulando a devolução dos valores que pagou a esse título.

Portanto, considerando que a apelante demonstrou os motivos do seu inconformismo, **rejeito a preliminar.**

Da preliminar de ausência de interesse processual

Afirma que a apelada que a linha em questão, por estar incluída em "Plano Alternativo", não contém a cobrança da assinatura básica.

Melhor sorte não assiste à apelada.

Analisando o extrato de f. 20, constata-se a existência de cobrança de "Serviços Mensais", evidenciando a cobrança da chamada tarifa mensal.

Da mesma forma, do documento de f. 67, anexado pela apelada em contra-razões, constata-se a cobrança de "ASS. PL. ALT. R" ou seja, cobrança da assinatura do plano residencial, qual seja, tarifa mensal, no valor de R$ 35,05.

Dessarte, **rejeito a preliminar.**

Passo a análise do mérito recursal.

O ponto nodal da controvérsia cinge-se em saber se a cobrança da tarifa de assinatura é ilegal e abusiva.

Inicialmente, esclareço que não há falar em inversão do ônus da prova, visto que tal inversão, com base no CDC, ocorrerá tão-somente quando uma das partes for hipossuficiente ou a prova dos autos seja de difícil produção, o que, a toda evidência, não é o caso dos autos, notadamente por ter sido a questão repetitivamente analisada pelo juiz sentenciante em outras oportunidades.

Pois bem. O STJ elidiu em definitivo a questão ante o enunciado contido na Súmula 356 (publicada em 8.9.08), que dispõe *verbatim*: *"É LEGÍTIMA A COBRANÇA DE TARIFA BÁSICA PELO USO DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA".*

Afora isso, a prestação de serviços de telefonia por concessão está prevista no artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal e é regulada pela Lei n. 9.472/97, que autoriza expressamente a cobrança da assinatura básica em questão, em seu art. 83, parágrafo único.

Outrossim, equivocado o entendimento de que tal cobrança só deveria ocorrer mediante a efetiva utilização do serviço, já que é determinada *pela disponibilidade* do serviço, e não pela sua real fruição pelo usuário. Isso significa que o usuário deve arcar com a assinatura básica mensal para ter o serviço de telefonia fixa sempre a disposição, podendo usufruí-lo na medida da sua necessidade, conforme determinam os artigos 3º, inciso XXI, e 48 da Resolução n. 85/98 da Anatel.

Dessa forma, o pagamento da tarifa (assinatura básica) nada mais representa do que a contraprestação pela disposição da linha telefônica para a efetivação e recebimento de ligação, sendo irrelevante o fato de o consumidor utilizar ou não a linha. Como é notório, fazer ligações e recebê-las faz parte do conceito de prestação de serviço.

De fato, esse mecanismo contratual é regulamentado pela Anatel por meio da referida Resolução n. 85/98, na qual se adotam, para a cobrança da assinatura mensal, as tabelas de tarifas fornecidas nas Portarias n. 217 e 226, ambas de 3 de abril de 1997, do Ministério das Comunicações.

Assim, somente a cobrança que comprovadamente desobedecesse esses limites dispostos pela Anatel poderia ser caracterizada como abusiva, nos termos do CPDC.

Entretanto, faz-se mister ressaltar que, conforme se extrai da nota fiscal de serviço de telecomunicação juntada aos autos, a tarifa de assinatura básica residencial correspondia à quantia módica, não sendo os usuários do serviço de telefonia onerados excessivamente, razão pela qual não há falar em ofensa ao princípio da modicidade.

Ante a ausência de ilegalidade da cobrança da assinatura, concluo que o pagamento pela prestação de serviço promovida pela requerida está em conformidade com o ordenamento jurídico, não havendo falar em violação aos preceitos estabelecidos nos artigos 4° e 6° da Lei n. 8.078/1990 e aos artigos 421 a 424 do CC/2002.

Posto isto e mais que dos autos consta, nego provimento ao apelo.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 13 de abril de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2007.031198-0 - Campo Grande
## Segunda Turma Cível
## Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – POLICIAL MILITAR – REFORMA – PROMOÇÃO AO POSTO HIERÁRQUICO IMEDIATAMENTE SUPERIOR – ART. 1º DO DECRETO 20.910/32 – PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO – OFICIAL DEMITIDO *EX OFFICIO* – ART. 125, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INAPLICABILIDADE – ENUNCIADO 673 DA SÚMULA DO STF – COMPETÊNCIA DO GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DA LEGISLAÇÃO MILITAR – MÉRITO ADMINISTRATIVO – RECURSO IMPROVIDO.

A prescrição quinquenal prevista no Decreto n. 20.910/32 para a propositura das ações contra a Fazenda Pública atinge o próprio fundo de direito quando o ato perpetrado pela Administração negar a situação jurídica fundamental em que se assenta a pretensão deduzida.

Se a ação foi proposta após decorridos mais de cinco anos do ato administrativo que reformou *ex officio* o oficial militar, sem contemplar a promoção ao posto superior imediatamente subsequente, o pronunciamento da prescrição se mostra de rigor.

Na esteira do Enunciado n. 673 da Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tratando-se de infração disciplinar apurada em procedimento administrativo, a competência para o ato de demissão do oficial Policial Militar é da própria Administração.

Se o ato administrativo se pautou na observância dos princípios constitucionais e das normas legais atinentes à espécie, não se vislumbra ilegalidade a ser corrigida pela via judicial.

Descabe ao Judiciário imiscuir-se na parcela de poder conferida à Administração para livremente apreciar o mérito do ato administrativo, sob pena de ofensa ao princípio da tripartição dos poderes estampado no art. 2º da Lei Maior.

### ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de abril de 2009.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

José Gomes Rodrigues interpõe recurso de apelação (f. 1586-1607) contra a sentença (f. 1558-1579) que julgou improcedentes os pedidos por ele deduzidos na ação anulatória de ato administrativo c/c pedido de reintegração ao cargo, posto e função com proventos pertinentes e ascensão condizentes ao posto a que teria direito c/c pedido de indenização por danos morais, movida em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Sustenta, em síntese, que a decisão que concluiu pela sua demissão dos quadros da Polícia Militar estadual teria sido proferida por autoridade incompetente, na medida em que a decisão acerca da perda do posto e da patente do oficial militar competiria ao Tribunal de Justiça do Estado, conforme dispõem o art. 125, § 4º, da Constituição Federal e o art. 16, § 2º, da Lei Estadual n. 105/80.

Assevera que o processo de justificação por meio do qual foi demitido das fileiras da corporação estaria eivado de nulidades e irregularidades que afrontam a legislação militar, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa, denotando perseguição e cerceamento de defesa por parte do comando castrense.

Aduz, ainda, que o *decisum* proferido pelo juiz *a quo,* ao pronunciar a prescrição de suas pretensões à anulação de sua reforma *ex officio* e à ascensão ao posto de tenente-coronel, careceria de motivação, na medida em que não precisou a data a que se referiu e tampouco que direito estaria prescrito. Argumenta, ademais, que o ato em que se assentam suas postulações seria o Decreto "P" publicado no Diário Oficial de 8 de julho de 1998, pelo que não se verifica a prescrição decretada na instância singela.

Contrarrazões pela manutenção da sentença (f. 1683-1692).

## VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de apelação interposta contra sentença (f. 1558-1579) proferida nos autos da ação anulatória movida em face do Estado de Mato Grosso do Sul, cujo teor do *decisum*, por não vislumbrar nenhuma ilegalidade no processo administrativo que redundou na demissão do apelante das fileiras da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes os pedidos de anulação do respectivo ato administrativo e de indenização por danos morais e, bem assim, pronunciou a prescrição no que se refere às pretensões de anulação de sua reforma *ex officio*, de reintegração ao cargo e promoção ao posto de tenente-coronel.

Bate-se o recorrente pela reforma da sentença, sustentando, em síntese, que o processo administrativo em questão seria nulo de pleno direito, na medida em que não teriam sido respeitados, em seu trâmite, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Defende, ademais, que a decisão que concluiu pela sua exclusão dos quadros da instituição teria sido proferida por autoridade incompetente, uma vez que a decisão acerca da perda do posto e da patente do oficial militar caberia ao Tribunal de Justiça do Estado, consoante dicção dos arts. 125, § 4º, da Constituição Federal e 16, § 2º, da Lei Estadual n. 105/80. Assevera, ainda, que não se verificaria a prescrição apontada pelo juízo monocrático que, aliás, nem sequer teria precisado a data a que se referiu e tampouco especificado qual direito estaria prescrito, pelo que a decisão careceria de motivação neste ponto.

O recurso não merece prosperar.

Colhe-se dos autos que, na data 4 de setembro de 1996, por meio do Decreto "P" n. 1.256/96 (f. 986), da lavra do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, foi instaurado Conselho de Justificação no intuito de apurar possível incapacidade do apelante em permanecer nos quadros da Polícia Militar, por haver atentado contra a honra pessoal, o pundonor policial-militar e o decoro da classe (art. 2º, alíneas *b* e *c* da Lei Estadual n. 105/80).

Tal como decorre do documento de f. 990-992, o procedimento teve como escopo aquilatar se, na esfera administrativa, a conduta irregular do apelante, violando deveres militares e sendo constantemente punido por transgredir as normas da instituição, além de ter praticado atos que constituem ilícitos penais, atentou contra os princípios éticos da instituição, de modo a torná-lo incapaz de permanecer nas fileiras da corporação.

Transcorrida a regular instrução do feito, o Conselho de Justificação, constituído por ocasião da instauração do procedimento, resolveu, por maioria, considerar o apelante incapaz de permanecer nas fileiras da corporação, remetendo aqueles autos à autoridade delegante, a quem compete, em última análise, solucionar o procedimento, nos termos do decidido pelo TJMS (f. 1224-1229).

Assim, concordando com a resolução do Conselho de Justificação, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul declarou o apelante incapaz de permanecer integrando os quadros da Polícia Militar (f. 1235-1237 e f. 1251-1252), aplicando-lhe, a título de sanção administrativa, a pena de demissão *ex officio* (f. 1258 e 1260), o que fez com fulcro nos arts. 86, incisos III e VI, 107 e 109, inciso III, da Lei Complementar Estadual n. 53, de 30 de agosto de 1990.

Diante disso, o apelante invocou a tutela jurisdicional visando obter provimento tendente a anular a decisão administrativa que o demitiu e, desse modo, ser reintegrado ao cargo, bem como ser promovido ao posto de coronel, sob o argumento de que o processo administrativo que ensejou a sua penalização, por estar violando os preceitos constitucionais asseguradores do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, seria nulo de pleno direito, denotando perseguição administrativa com vistas a alijá-lo do certame relativo à promoção ao posto de Capitão/PM.

O Juiz *a quo,* ao decidir a questão posta à apreciação, julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial, por entender que o procedimento administrativo e seu trâmite adequou-se às exigências constitucionais e legais e que os pleitos relativos à anulação de sua reforma *ex officio* e à ascensão ao posto de tenente-coronel estariam fulminados pelo instituto da prescrição, visto que a demanda foi proposta após decorridos cinco anos a contar do respectivo ato administrativo objurgado.

Com efeito, a sentença recorrida não merece reparos.

Inicialmente, diante de sua prejudicialidade, passo a apreciar a questão acerca da prescrição pronunciada de ofício pelo magistrado de primeiro grau.

A par da alvitrada nulidade do Conselho de Justificação, insurge-se o apelante, em sua inicial, contra o ato administrativo que decretou sua reforma *ex officio* (f. 111), em razão de sua incapacidade física para o serviço, atestada em 17 de agosto de 1995 (f. 104). Argumenta, em suma, que a sua reforma foi decorrente de conluio engendrado por seus desafetos na corporação, que, no intuito de alijá-lo do certame de promoção, forjaram o documento de f. 104 para nele inserir data retroativa, intentando, com isso, impedi-lo de figurar na lista promocional publicada em 9 de outubro de 1995 e confirmada em 25 de dezembro do mesmo ano. Desse modo, por possuir, à época, direito à promoção ao posto de Capitão, faria jus, após a reforma, à promoção ao posto de Tenente-Coronel ou, no mínimo, ao posto de Major, conforme dispõe o art. 99 da Lei Complementar Estadual n. 53/90.

Todavia, analisando-se os documentos relativos à reforma *ex officio* do apelante, trazidos com a inicial, verifica-se que o ato que o transferiu para a inatividade foi veiculado na imprensa oficial em 13 de setembro de 1996 (f. 129). Por seu turno, a presente demanda foi proposta na data de 30 de maio de 2003 (f. 2), ou seja, quase sete anos após o ato de reforma. Dessarte, a pretensão do apelante em ser promovido, na inatividade, para o posto de Tenente-Coronel, encontra-se irremediavelmente acobertada pelo manto da prescrição.

Dispõe o art. 1º do Decreto n. 20.910/32, *verbis*: *"Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram"*.

Sobre a aplicabilidade da referida norma, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

> 1. O art. 1º do Decreto n. 20.910/32 dispõe acerca da prescrição qüinqüenal de qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja qual for a sua natureza, a partir do ato ou fato do qual se originou.
>
> 2. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto n. 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado.
>
> [...]
>
> 4. Deveras, a lei especial convive com a lei geral, por isso que os prazos do Decreto n. 20.910/32 coexistem com aqueles fixados na lei civil (STJ, AgRg no REsp n. 1015571/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 04.12.08, DJ 17.12.08).
>
> A prescrição qüinqüenal das ações contra a Fazenda Pública atinge o próprio fundo de direito quanto o ato da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão judicialmente deduzida.
>
> Conforme já reiteradamente afirmado, no momento em que ocorre a violação de um direito, considera-se nascida a ação para postulá-lo judicialmente e, conseqüentemente, aplicando-se a teoria da actio nata, tem início a fluência do prazo prescricional.
>
> In casu, busca-se, efetivamente, desconstituir o próprio ato de licenciamento que, à época, negou a existência do próprio direito vindicado e não somente de seus efeitos patrimoniais.
>
> Em face deste quadro, é de se concluir que o próprio fundo de direito do segundo autor foi atingido pela prescrição, porquanto fluíram mais de cinco anos entre a data em que se poderia exigir judicialmente tal direito e a do ato de licenciamento que se busca invalidar. (STJ, REsp n. 347.187/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 20.11.01, DJ 4.2.02, p. 608).

Imperioso destacar, nesse contexto, que a pretensão do apelante tem como causa de pedir remota ato administrativo concreto e de efeitos imediatos, cuja publicação tem o condão de dar início à contagem do respectivo prazo prescricional.

A respeito da questão ora discutida, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MILITAR. PROMOÇÃO. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. LEI n. 20.910/32 E SÚMULA 250/TFR.
>
> - A prescrição qüinqüenal das ações contra a Fazenda Pública atinge o fundo de direito quando o ato lesivo da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão veiculada.
>
> - Se a Administração, ao reformar o servidor militar por incapacidade física, negou-lhe o direito à promoção vindicada, a suposta lesão jurídica atingiu o fundo de direito, sendo inaplicável o comando incerto na Súmula 85/STJ, que disciplina a prescrição qüinqüenal nas relações de trato sucessivo, em que são atingidas apenas as parcelas relativas ao qüinqüênio antecedente à propositura da ação.

> - Em se tratando de ação que busca a retificação do ato de reforma pela promoção ao posto superior, impõe-se a aplicação da Súmula 250/TFR, que determina o prazo prescricional de cinco anos entre a data da publicação do ato e do ajuizamento da ação.
>
> - Extinção do processo pela prescrição.
>
> Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 194.644/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 23.2.99, DJ 5.4.1999, p. 176).

No mesmo sentido os seguintes arestos oriundos daquela Corte: REsp n. 347.187-PE, julgado em 20.11.01; REsp n. 336.282-RS, julgado em 23.10.01; REsp n. 101.484-SP, julgado em 11.3.97; REsp n. 38.635-RS, julgado em 12.9.96; REsp n. 41.604-MT, julgado em 28.5.96.

Perfilhando a orientação traçada por aquele Pretório superior, colhem-se, ainda, os seguintes arestos:

> Apelação Cível. Ação Ordinária de Nulidade de Exclusão "ex officio" de Militar. Alegação de ofensa ao devido processo legal em sede administrativa. Prescrição do fundo de direito. Art. 1º do Decreto n. 20.910/32. Preliminar de Mérito Precedente do STJ. I - Decorridos mais de cinco anos do desligamento do militar em 05.6.89, a Ação objetivando anular tal ato administrativo, distribuída em 7.2.01, apresenta-se fulminada pela prescrição do próprio fundo de direito, por aplicação do art. 1º do Decreto n. 20.910/32. II - Constitui-se a prescrição em preliminar de mérito, impeditiva do exercício do direito de ação, ainda que possua como pretensão a anulação de ato administrativo eivado de nulidade, consoante precedente do STJ. Recurso conhecido e improvido. Decisão por maioria (TJSE, Acórdão n. 2.878/2005, Relª. Desª. Marilza Maynard Salgado de Carvalho).
>
> ADMINISTRATIVO MILITAR. LICENCIAMENTO DO SERVIDOR ATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DO ATO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. PRAZO. TEMPO INICIAL. – A ação para anular ato de licenciamento de militar prescreve em cinco anos, contados da data do ato que se pretende atacar. No caso a prescrição é do próprio fundo de direito, e não prescrição de trato sucessivo, porque o pagamento de atrasados só será cabível se antes viesse a ser deferido o pedido principal de anulação do ato de licenciamento. Processo julgado extinto com apoio no art. 269, IV, CPC. Apelação desprovida, sentença confirmada por seus próprios fundamentos. (TRF, 1ª Região, AC n. 0117351, Rel. Juiz Hércules Quasimodo, DJ 10.10.94, g. 57162).

Em suma, sendo o prazo prescricional de cinco (5) anos, conforme dicção do art. 1º do Decreto n. 20.910/32 e como a presente demanda foi proposta após transcorridos mais de seis anos da data do ato administrativo invectivado, é incensurável o reconhecimento, pelo juízo *a quo*, da prescrição no que se refere às pretensões do apelante atinentes ao ato de reforma, impondo-se a manutenção da sentença neste ponto.

Veja-se, aliás, que a questão foi suficientemente explorada na instância singela, tanto que o recorrente, com maestria, logrou êxito em contrapor os argumentos contidos na sentença, de sorte que não há falar em ausência de motivação no que se refere à prescrição pronunciada pelo juízo monocrático.

Passando-se às questões levantadas a título meritório, aduz o apelante que jamais poderia ter sido demitido por ato único e exclusivo do Governador do Estado, já que a decisão acerca da perda do posto e da patente do oficial militar competiria ao Tribunal de Justiça do Estado, conforme dispõe o art. 16, § 2º, da Lei Estadual n. 105/80, bem como o art. 125, § 4º, da Constituição Federal, cujo texto estabelece:

> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
>
> §4º Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Da exegese da norma constitucional supratranscrita, vê-se não assistir razão ao recorrente, já que a hipótese tratada no referido dispositivo diz respeito à exclusão de militar com fundamento no trânsito em julgado da ação penal, situação distinta da versada nos presentes autos, em que se cuida de exclusão calcada em processo administrativo disciplinar, o que, segundo posicionamento jurisprudencial assentado, não encontra vedação constitucional.

Nesse sentido o enunciado n. 673 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que, a despeito de se referir à perda da graduação de praça, pode ser aplicado*, mutatis mutandis*, ao caso em comento*: "O art. 125 § 4º da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo".*

Nessa trilha são os arestos oriundos do Superior Tribunal de Justiça:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR - EXCLUSÃO DA CORPORAÇÃO - COMPETÊNCIA DO COMANDANTE GERAL - INFRAÇÃO DISCIPLINAR - INAPLICABILIDADE DO ART. 125, § 4º, DA CF - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À REINTEGRAÇÃO.
>
> 1 - A exegese do art. 125, § 4º, da Constituição Federal é clara em definir que somente nos casos de crimes militares a competência é do Tribunal de Justiça Estadual ou Tribunal de Justiça Militar, onde houver, para apreciação da perda do posto e da patente dos oficiais.
>
> Tratando-se de infração disciplinar apurada em Procedimento Administrativo, onde observados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a competência para o ato de exclusão é da própria Administração. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão.
>
> 2 - Precedentes (STF, REsp n. 199.800/SP; STJ, ROMS n. 10.800/PR, 1.605/RJ e n. 1.033/RJ).
>
> 3 - Recurso conhecido, porém, desprovido (RMS, 15.711/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 20.11.03, DJ 8.3.04, p. 280).
>
> O art. 125, § 4º da Constituição Federal é claro ao definir que somente nos casos de crimes militares a competência para decidir sobre a perda do cargo é do Tribunal de Justiça Estadual ou do Tribunal de Justiça Militar. Tratando-se de infração disciplinar apurada em Procedimento Administrativo, a competência para o ato de exclusão é da própria Administração (STJ, AgRg no RMS n. 22.708/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 6.2.07, DJ 12.3.07, p. 263).
>
> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. PENA DISCIPLINAR DE EXCLUSÃO DA CORPORAÇÃO. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 125, PAR. 4., DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POLICIAL MILITAR CONDENADO CRIMINALMENTE E EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO.
>
> - Apenas nos crimes militares (e não nos casos de infrações disciplinares) compete ao tribunal de justiça, na hipótese, decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.
>
> - Recurso desprovido (RMS n. 1.605/RJ, Segunda Turma Rel. Min. Hélio Mosimann, julgado em 26.5.93, DJ 21.6.93, p. 12357).
>
> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - POLICIAL MILITAR - PENA DISCIPLINAR DE EXCLUSÃO - COMPETENCIA - ART. 125, PAR-3. E 4., DA CF - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

> I - Aos Tribunais de Justiça comum e militar, este nos estados em que houver, compete decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais, e da graduação das praças da policia militar estadual, apenas nos casos de crimes militares definidos em lei. esta a dicção do artigo 125, § 3º e 4º, da constituição federal.
>
> II - Tal competência não se estende ao exame de pena de exclusão, decorrente de falta disciplinar aplicada, por ato administrativo precedido de apuração regular em que o acusado exerceu o direito de ampla defesa.
>
> III - recurso que se conhece e ao qual se nega provimento (RMS n. 1.033/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 2.10.91, DJ 28.10.91, p. 15232).

Diverso não é o entendimento externado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul:

> MANDADO DE SEGURANÇA – EXCLUSÃO DE MILITAR – COMPETÊNCIA.
>
> Compete ao Tribunal decidir a respeito da perda do posto e da patente dos oficiais quando estes estejam previstos como penas acessórias de crime militar. No caso em análise, o ato de exclusão deu-se como forma de pena administrativa, portanto a competência compete a autoridade administrativa (TJMS, AC Lei Especial n. 2008.004495-8/0000-00, Quarta Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 20.1.09 – Unânime e com o Parecer).
>
> A exegese do art. 125, parágrafo 4º, da CF, é no sentido de que somente nos casos de crimes militares a competência é do Tribunal de Justiça Estadual ou Tribunal de Justiça Militar, onde houver, para apreciação da perda do posto e da graduação das praças. A apuração de faltas disciplinares não se confunde com a responsabilização criminal, sendo esta de competência do Poder Judiciário e aquela do Conselho de Disciplina a que esteja subordinado o policial militar (TJMS, AC – Lei Especial - N. 2006.002526-8/0000-00, Primeira Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 13.5.08 – Unânime).

Assim, chega-se à ilação que, conforme bem aclarado na sentença de f. 558-1579, o art. 13 e o § 2º do art. 16 da Lei Estadual n. 105/80 foram derrogados, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, na parte em que condiciona a demissão *ex officio* do oficial policial militar ao prévio julgamento pelo Tribunal de Justiça.

Nesse passo, não se vislumbra no ato apontado como coator nenhum vício formal no que tange ao requisito em comento, pois, na esteira dos arestos já colacionados, é exclusivamente do Governador do Estado a competência para determinar a exclusão do apelante das fileiras da corporação.

Por outro lado, não encontram respaldo as insurgências do apelante quanto às suscitadas violações aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, na condução do procedimento administrativo que redundou na sua demissão dos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Com efeito, o então Comandante-Geral da Polícia Militar, ao solicitar ao Secretário de Estado de Segurança Pública da época providências no sentido de submeter o apelante a Conselho de Justificação, foi claro em afirmar que este vinha apresentando "*conduta irregular, sendo constantemente punido por transgredir o Decreto n. 1.260 de 2 Out 81(RD/PMMS), além de ter conduta irregular*, praticando "*atos que constituem ilícito penal*" (f. 917-919).

Em virtude disso, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio do Decreto "P" n. 1.250/96 (f. 986), instaurou procedimento de Justificação destinado a julgar o apelante como incurso no art. 2º, inciso I, alíneas *a, b* e *c* da Lei n. 105/80.

Dispõe a referida norma, *verbis*:

Art. 2º - é submetido ao Conselho de Justificação, a pedido ou ex-offício, o Oficial da Polícia Militar:

I- Acusado oficialmente, ou por qualquer meio lícito de comunicação social, de ter:

a) procedido incorretamente no desempenho do cargo;

b) tido conduta irregular; ou

c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor policial-militar ou o decoro da classe.

Decorrida a regular marcha processual, o Conselho de Justificação, por maioria, concluiu (f. 1199-1200):

O ato de nomeação (Decreto "P" n. 1.250/96, de 4 de Setembro de 1996) veio acompanhado de inúmeros fatos que descreve a trajetória do justificante 1º Ten QOPM/Reformado – JOSÉ GOMES RODRIGUES, tendo este Conselho analisado cuidadosamente, verificou-se que ao longo de sua carreira no oficialato, o justificante envolvido em fatos que culminaram em diversas punições tais como:

01 – MAR/90 – Repreendido, BR 011/26MAR90 – Por provocar prejuízo a andamento de processo junto a Auditoria Militar;

02 – JUN/90 – 30 dias de prisão – Por atos desabonadores;

03 – ABR/91 – 04 dias de detenção - Por deixar de cumprir normas regulamentares;

04 – ABR/91 – Repreendido – Agravado por 04 dias de detenção – Por conduta irregular;

05 – NOV/91 – 08 dias de prisão – Por faltar com a verdade, trabalhar mal no serviço, ofender a moral por atos e palavras, etc.

06 – MAR/93 – 08 dias de prisão – Por reincidência, deixar de cumprir normas, etc.

07 – AGO/94 – Repreensão – Por faltar com a verdade, adentrar em recinto sem ser convidado, etc.

Apesar dos fatos cometidos pelo justificante terem sido motivos de punições disciplinares, não se vislumbra qualquer intenção, ou esforço por parte do justificante em melhoria de comportamento, até mesmo porque existem fatos constantes nos autos, acontecido na sua vida extra-profissional, que no mínimo, paira dúvidas quanto a sua idoneidade moral. [...].

Por todo o acima exposto, e mais o que dos autos consta, considerando que durante a trajetória das atividades desenvolvidas pelo referido Oficial, até o momento em que o mesmo se encontra na condição de reformado, verificou-se que a sua conduta sempre como demonstra nos autos, foram em desacordo com o que prescreve o Estatuto da PMMS e legislação pertinente, que estabelece normas de conduta principalmente no que se refere à Ética, a Moral, o Pundonor e a Disciplina Policial Militar.

Em vários momentos da sua carreira, o justificante esteve envolvido em fatos que culminaram em Crime Militar e Transgressão de Disciplina e, ainda fatos que em sua vida privada tiveram desfechos na Justiça Comum. Paira ainda na Justiça Comum e Militar, ação penal contra o referido Militar, podendo este até ser absolvido.

Levando-se em consideração essas razões, entendo que as faltas constantes nos autos são inadmissíveis para qualquer cidadão comum, e principalmente inaceitável para um Policial Militar, em

> quem a sociedade deposita toda a sua confiança, conclui o conselho de Justificação, por 2 (dois) votos que o Ten. QOPM/RR JOSÉ GOMES RODRIGUES, matrícula 200.125-0, pela não permanência do referido Oficial, nas fileiras da PMMS e, 1 (um) voto apenas opina pela decisão após o trânsito em julgado das ações penais, constantes às f. 193.

Quanto á correspondência, no plano fático, de tais inferências, convém ressaltar que, a par de reprimendas e punições mais brandas, o apelante foi submetido a quatro procedimentos disciplinares, sendo um conselho de disciplina, duas sindicâncias e, finalmente, o procedimento de justificação que culminou com sua demissão dos quadros da corporação.

No primeiro (f. 655-802), instaurado quando ainda se tratava de aspirante a oficial, foi o apelante considerado culpado (f. 785-792) da acusação de ter se apropriado de relógio da propriedade de soldado PM, somente efetuando a devolução, treze dias após, em virtude de haver sido flagrado pela vítima usando o relógio em uma confraternização. Foi-lhe aplicada a pena disciplinar de 30 (trinta) dias de prisão (f. 796-800).

No segundo (f. 803-914), apurou-se tratar-se o apelante de devedor contumaz (f. 908-911), tendo contraído dívidas acima de suas posses e, com tal conduta, comprometido "*a ética e o bom nome da classe Policial Militar*", pelo que mais uma vez foi apenado com 30 (trinta) dias de prisão (f. 912).

Já no terceiro procedimento (f. 915-981), foi o apelante disciplinarmente punido com oito (08) dias de prisão em razão de agressões e ameaças perpetradas contra sua mulher (f. 969-971 e 980).

Por fim, instaurou-se o Conselho de Justificação objeto da presente demanda, cujo procedimento administrativo (f. 983-1262) buscou aquilatar se as condutas irregulares praticadas pelo apelante, ao longo de sua carreira no oficialato, afetaram a ética e o decoro da classe a ponto de torná-lo incapaz de permanecer integrando as fileiras da corporação, cujo parecer do colegiado foi pela não permanência do oficial nos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo sido integralmente ratificado pelo Governador do Estado (f. 1261-1262).

No bojo do referido procedimento de justificação, foram suscitados diversos fatos desabonadores da conduta do apelante, dentre os quais a falsificação de documento público (f. 994 v. e 995); a emissão de cheques sem a necessária provisão de fundos (f. 1017-1018 e 1038-1055); o atraso injustificado na remessa de autos de prisão em flagrante à auditoria militar (f. 999); o envolvimento em espancamento de um comerciante (f. 1072-1073); o indiciamento por homicídio em inquérito policial instaurado na cidade de Jaraguari (f. 1009); o indiciamento em inquérito policial militar por abuso de autoridade (f. 1076-1089); a resistência a cumprimento de mandado de prisão e o desacato a superior hierárquico (f. 1056-1063); e, finalmente, a perpetração de agressões e ameaças à sua amásia (f. 1010 e 1013) e a apropriação indébita (f. 1023-1032) acima referidas.

Aliás, no que tange à resistência à prisão e ao desacato de superior hierárquico, o apelante foi denunciado (f. 491-493) e, bem assim, condenado criminalmente como incurso nas penas dos arts. 160 e 177 do Código Penal Militar (f. 502-509).

Não bastasse isso, de uma análise do conjunto probatório carreado aos autos, verifica-se que a indisciplina e a insubordinação sempre foram a tônica da conduta do apelante no seio da corporação, que, não bastassem os graves delitos acima relatados, foi permeada pelas mais diversas espécies de infrações de menor potencialidade, tais como: deixar de cumprir normas regulamentares na área de sua atribuição (f. 1000); ser encontrado a portas fechadas com mulher em recinto da Corporação, contrariando as normas regulamentares relativas ao local e horários de visitas (f. 1002); chegar atrasado ao local de serviço para o qual foi escalado, ausentar-se do local onde deveria estar, não apresentar-se a seu superior no horário e local previstos e faltar com a verdade (f. 1004); comparecer a evento no Círculo Militar sem ser convidado e sem estar adequadamente trajado (f. 1007); deslocar-se para outro município sem autorização, usar indevidamente o nome de seus superiores hierárquicos, humilhar seus subordinados na presença de civis e portar arma e munições indevidamente, usando-as para tiro ao alvo (f. 967).

Em suma, observa-se que a decisão administrativa que alijou o apelante da instituição castrense calcou-se na sua incúria no cumprimento de suas obrigações, em seu desrespeito às normas de hierarquia e disciplina da instituição e, precipuamente, em desvios éticos e morais detectados na sua conduta, passíveis de ensejar a demissão *ex officio* do policial militar, *ex vi* das alíneas *a, b* e *c* do inciso I do art. 2º da Lei Estadual n. 105/80.

Destarte, denota-se que o procedimento administrativo em questão, além de ter sido suficientemente motivado, pautou-se pela legalidade, assegurando ao apelante o pleno exercício de seus direitos ao contraditório e ampla defesa garantidos constitucionalmente, já que foi notificado e cientificado da acusação (f. 1095 e 1098-1099), interrogado (f. 1100 e v.), ofertou defesa técnica (f. 1102-1115), arrolou testemunhas em sua defesa (f. 1173-1174) e apresentou alegações finais (f. 1190-1193).

Portanto, tendo o ato administrativo respeitado os princípios constitucionais e as normas legais atinentes à espécie, descabe ao Judiciário tecer qualquer juízo de valor acerca da relevância dos motivos determinantes da condenação do impetrante à pena disciplinar, sob pena de imiscuir-se na parcela de poder conferida à Administração para livremente apreciar o mérito do ato administrativo e, consequentemente, incidir em malferência ao princípio da tripartição de poderes estampado no art. 2º da Lei Maior.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

> A exclusão de policiais das fileiras da Polícia Militar, em decorrência de processo administrativo por transgressões disciplinares, no qual lhes tenham sido asseguradas as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, não configura ato ilegal a ensejar a via do mandado de segurança(TJMS, AC – Lei Especial - N. 2006.002526-8/0000-00, Primeira Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 13.5.08, Unânime).

> Restando demonstrado pelo conjunto probatório colacionado que o procedimento administrativo de exclusão do militar das fileiras da polícia foi efetivado em estrita observância ao princípio do devido processo legal, não pairam dúvidas quanto à inexistência de qualquer vício insanável hábil a obstar a produção de seus efeitos (TJMS - AC 2007.31183-2/0000-00 – Campo Grande – Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letterielo, julgado em 11.3.08 – Unânime).

> Compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento disciplinar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo (STJ, MS n. 12.971/TO, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Cravalhido, julgado em 18.5.04, DJ 28.6.04, p. 417).

> Tratando-se de infração disciplinar apurada em Procedimento Administrativo, onde observados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a competência para o ato de exclusão é da própria Administração. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão (STJ, MS n. 15.711/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 20.11.03, DJ 8.3.04, p. 280).

Por outro lado, em nenhum momento se comprovou nos autos que tivesse ocorrido a alegada perseguição por parte do comando castrense, conforme constata-se dos depoimentos testemunhais colhidos às f. 1301-1303. Com efeito, é difícil concluir que tamanha listagem de delitos e infrações disciplinares tenha sido forjada tão somente no intuito de alijar o apelante do certame promocional.

Dessa forma, não merece ser acolhido o inconformismo do apelante, impondo-se a manutenção integral do *decisum*.

Em face do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, para manter intacta a decisão recorrida.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, ânia Garcia de Freitas Borges e Luiz Carlos Santini.

Campo Grande, 28 de abril de 2009.

***

## Mandado de Segurança n. 2008.006668-6 - Capital
## Primeira Seção Cível
## Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA – PRELIMINAR ACOLHIDA – INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO JULGADOR – PRELIMINAR PREJUDICADA – INÉPCIA DA INICIAL – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PRELIMINARES REJEITADAS – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – MATÉRIA DE MÉRITO – ENERGIA ELÉTRICA – INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA – INADMISSIBILIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Concessionária de energia elétrica não é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, uma vez que apenas repassa à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual não possui legitimidade para figurar no polo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia.

2. A preliminar de incompetência do órgão julgador ficou prejudicada em virtude do acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva do Diretor-Presidente da Empresa Energética do Estado de Mato Grosso do Sul – Enersul – no presente *mandamus*.

3. Se o pedido formulado pela impetrante decorre dos fatos narrados, rejeita-se a preliminar de inépcia da inicial suscitada com fundamento no artigo 295, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil.

4. A apreciação dos elementos probatórios deve ser feita na análise do mérito do *mandamus*, e não em preliminar de ausência de interesse processual, mormente quando a resistência da autoridade impetrada está a evidenciar a necessidade e a utilidade do processo judicial e, em consequência, do interesse processual, para afastar a cobrança de ICMS sobre a demanda contratada, e não sobre a energia elétrica efetivamente consumida.

5. O Secretário de Estado de Fazenda possui legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança que objetiva afastar a cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, por ser a Fazenda Estadual o órgão responsável pela instituição, fiscalização e recolhimento do mencionado tributo.

6. O mandado de segurança é meio hábil para postular a cessação de cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica.

7. A verificação de prova da existência ou não de direito líquido e certo, e da respectiva violação, constitui matéria de mérito do mandado de segurança.

8. O imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – ICMS –, relativo ao fornecimento e consumo de energia elétrica, somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida. Por isso, não se admite, para o efeito de cálculo desse tributo sobre transmissão de energia elétrica, a incidência sobre demanda contratada, isto é, sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do Diretor Presidente da Empresa de Energia Elétrica de Mato Grosso do Sul, não conhecer da preliminar de incompetência desta Seção e rejeitar as demais. No mérito, por unanimidade e com o parecer, concederam a segurança.

Campo Grande, 6 de abril de 2009.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Abastecedora Nova Alvorada Ltda., pessoa jurídica de direito privado devidamente qualificada e representada, impetra mandado de segurança com pedido liminar contra ato de exação praticado pelo Presidente da Empresa Energética do Estado de Mato Grosso do Sul – Enersul – e pelo Secretário Estadual de Receita e Controle do Estado de Mato Grosso do Sul.

Narra que celebrou com a Enersul um contrato de fornecimento de energia elétrica a título de demanda contratada, através do qual faz jus a 80KW (oitenta quilowatts) de energia elétrica por mês, comprometendo-se a pagar mensalmente por tal quantidade de energia elétrica, independentemente de vir a consumir energia em porção inferior, o que redunda em arcar com o pagamento da energia elétrica consumida em quantidade superior ao da demanda contratada.

Acrescenta que, em virtude desse contrato, tem suportado mensalmente o lançamento do imposto de circulação de mercadorias – ICMS – sobre a reserva de demanda contratada, e não apenas sobre a energia elétrica efetivamente consumida.

Alega, em apertada síntese, que o critério material da hipótese de incidência do ICMS, sobre energia elétrica, é o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica efetivamente consumida, utilizada pelo estabelecimento, sendo inadmissível, por isso, a cobrança do tributo da forma como vem sendo efetuada.

Requer seja concedida a segurança:

**a)** declarando-se a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a impetrante a pagar ICMS sobre a demanda disponibilizada para consumo de energia elétrica; e

**b)** determinando-se que a segunda impetrada promova a cobrança do ICMS única e tão somente sobre o valor de energia elétrica efetivamente consumida no estabelecimento da impetrante.

O pedido liminar foi deferido (f. 38-39), para determinar que seja considerado como base de cálculo do ICMS o valor da energia elétrica efetivamente consumida, até que haja pronunciamento definitivo desta Corte sobre o objeto do presente *mandamus*.

O Estado de Mato Grosso do Sul agravou da concessão da liminar e esta Seção, por unanimidade, negou provimento ao regimental, conforme certidão de f. 165.

O Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul presta informações (f. 47-63), nas quais suscita preliminares de inépcia da inicial, de ausência de prova pré-constituída, de inadequação da via eleita, de ausência de interesse de agir e de ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda.

No mérito, bate-se pela denegação da segurança, alegando que está ausente ameaça de lesão ou prática de ato abusivo ou ilegal, pois: **a)** a Constituição Federal elegeu a empresa concessionária de energia elétrica como contribuinte do ICMS, e os artigos 12, inciso II, e 13, inciso II, da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), estabelecem que o fato gerador e a base de cálculo do imposto é a de fornecimento de energia elétrica, haja ou não seu efetivo consumo; **b)** o fato gerador do imposto ocorre quando o fornecimento de energia elétrica é feito, e não quando o consumo vier a ocorrer; **c)** de acordo com o artigo 36 da Lei Estadual n. 1.810/1997, a base de cálculo do ICMS devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica é o valor da operação da qual decorra o fornecimento do produto ao consumidor, ou seja, é o valor mensal do contrato de demanda de energia elétrica; **d)** os artigos 116, incisos I e II, e 117, incisos I e II, do Código Tributário Nacional estabelecem a ocorrência do fato gerador na ocasião em que seja implementada a consecução dos termos pactuados na venda e compra de mercadorias; **e)** segundo o artigo 9º, § 1º, inciso II, da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, a base de cálculo das empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuinte substituto tributário do ICMS, será efetuada tomando por base o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer a operação; **f)** consoante o artigo 19 do Convênio ICM 66/88, a base de cálculo do imposto, relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor; **g)** portanto, não há falar em consumo para aperfeiçoar o ato jurídico do fornecimento de energia elétrica, e o ICMS que incide sobre a venda de energia elétrica tem por base de cálculo do tributo o preço total do fornecimento.

Para fins de prequestionamento, requer pronunciamento expresso desta Corte acerca dos artigos 116, I e II, e 117, I e II, do Código Tributário Nacional; dos artigos 2º, 145, § 1º, e 155, II, § 2º, IX, *b*, e § 3º, da Constituição Federal; do artigo 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; dos artigos 2º, I, e 13, I, da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996; e do artigo 884 do Código Civil.

O Diretor-Presidente da Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. – Enersul – também presta informações (f. 67-90), suscitando preliminares de incompetência do juízo para processar e julgar o feito e de ilegitimidade passiva da concessionária de energia para responder à impetração.

No tocante ao mérito, argumenta que é válida a cobrança do ICMS sobre o valor estabelecido com o usuário no contrato de demanda reservada de energia elétrica, pois o tributo incide sobre o preço final da mercadoria vendida, que, no caso, alberga não só a quantidade de *quilowatts* consumida, mas também o fator de consumo definido no contrato.

Postula o acolhimento das preliminares, ou, sucessivamente, a denegação da segurança, com a revogação da liminar anteriormente concedida.

Juntou os documentos de f. 91-164, entre os quais se inclui uma cópia integral do contrato de fornecimento de energia elétrica (f. 122-129) e diversas notas fiscais da conta de energia elétrica (f. 153-155).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pela concessão da segurança, a fim de que seja determinada a cobrança do ICMS, tão-somente, sobre a energia elétrica efetivamente consumida (f. 169-180).

## VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

**1. Narrativa fática.**

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ABASTECEDORA NOVA ALVORADA LTDA contra ato de exação praticado pelo Presidente da Empresa Energética do Estado de Mato Grosso do Sul – ENERSUL – e pelo Secretário Estadual de Receita e Controle do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente em fazer incidir o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – ICMS – sobre a reserva de demanda contratada entre a impetrante e a ENERSUL, e não apenas sobre a energia elétrica efetivamente consumida.

**2. Preliminares.**

Passo a apreciar as preliminares suscitadas pelos impetrados, de acordo com sua prejudicialidade.

**2.1 Ilegitimidade passiva do Diretor-Presidente da ENERSUL.**

O Diretor-Presidente da Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. – ENERSUL – sustenta que a concessionária de energia elétrica não possui legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação mandamental, na qual se discute a incidência de ICMS sobre a energia elétrica.

Tem razão o impetrado.

A concessionária não se enquadra como sujeito ativo, nem como sujeito passivo da relação jurídico-tributária correspondente ao ICMS, mas como mera responsável tributária. Ela possui apenas a condição de agente arrecadador do ICMS, tendo por obrigação repassá-lo ao Estado de Mato Grosso do Sul, que é o titular do crédito tributário. A atividade da ENERSUL consiste em recolher e repassar as quantias arrecadadas ao Estado, sem qualquer disponibilidade sobre esses valores.

Nesse sentido se orienta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se infere dos seguintes julgados:

> TRIBUTÁRIO. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS POR COMPANHIA VALE DO RIO DOCE - CVRD E ESPÍRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S/A - ESCELSA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA. APLICAÇÃO AO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. PRECEDENTES. ART. 116 DO CTN. ART. 19 DO CONVÊNIO 66/88. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR EM CAUSA EM QUE SE EXAMINA FORMA DE CÁLCULO DE ICMS.
>
> [...]
>
> 2. Concessionária de energia elétrica não é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, uma vez que apenas repassa à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual não possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia.
>
> [...] (REsp n. 647553/ES, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 5.4.05, DJ 23.5.05, p. 161). (Destaquei.).

Nessa esteira segue o entendimento adotado por este egrégio Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos seguintes julgados:

> Concessionária de energia elétrica não é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, uma vez que apenas repassa à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual não possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia (REsp n. 647553, ES, do qual foi relator o Ministro José Delgado). (MS n. 2007.036912-5, Capital, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 2.6.08).

> O Diretor-Presidente da Concessionária de Energia Elétrica, já que não é o responsável pela imputação tributária vergastada no mandamus, não é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda. (MS n. 2007.036915-6, Capital, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 13.10.08).

Por conseguinte, com o parecer, acolho a preliminar para reconhecer a ilegitimidade passiva da concessionária.

**2.2 Incompetência do órgão julgador.**

O Diretor-Presidente da Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. – Enersul – anota que, de acordo com o artigo 21, XII, *b*, da Constituição Federal, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de aguar, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

Acrescenta que a Constituição Federal delimitou a competência dos juízes federais para processar e julgar mandados de segurança, quando se tratar de ato de autoridade federal nos termos do artigo 109, VIII.

Infere que, ante essa limitação constitucional, o presente *mandamus* deveria, por respeito aos limites constitucionais, ser impetrado perante a Justiça Federal em relação à primeira autoridade impetrada, no caso, o Diretor-Presidente da Enersul e não perante este Tribunal de Justiça Estadual, tomando em consideração a natureza ou condição da pessoa que pratica o ato e não a natureza do ato em si.

Esta preliminar ficou prejudicada em virtude do acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva do Diretor-Presidente da Enersul no presente *mandamus*, motivo pelo qual deixo de conhecê-la.

**2.3 Inépcia da inicial.**

O Secretário de Estado de Fazenda suscita preliminar de inépcia da inicial, com fundamento no artigo 295, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil, sustentando que da narração dos fatos não decorreria logicamente a conclusão.

Entretanto, a impetrante narra que celebrou contrato de fornecimento de energia elétrica com a Enersul, com demanda contratada de 80 KW, e que está sendo efetuado o lançamento do ICMS sobre essa quantidade, mesmo quando não a consome integralmente. Por isso, alegando que o tributo só deve incidir sobre a quantidade de energia elétrica efetivamente consumida, está postulando que o ICMS não incida sobre a demanda contratada, mas apenas sobre o consumo efetivo de energia elétrica.

Logo, o pedido formulado decorre dos fatos narrados, motivo pelo qual rejeito a preliminar.

**2.4 Falta de interesse processual.**

O Secretário de Estado de Fazenda argumenta que a impetrante carece de interesse de agir, pois, à vista dos documentos juntados com a petição inicial, é evidente que o Estado de Mato Grosso do Sul adotou, em relação aos fatos geradores, a base de cálculo que ela diz ser correta, pois as tarifas referem-se unicamente à energia elétrica que ela consumiu, e não ao valor do contrato de fornecimento na modalidade de demanda contratada.

Postula a extinção do processo sem julgamento do mérito, com fulcro no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A resistência anteposta pela autoridade, quando discute o pedido formulado pela impetrante, está a evidenciar a necessidade e a utilidade do processo judicial e, em consequência, do interesse processual, para afastar a cobrança de ICMS sobre a demanda contratada, e não sobre a energia elétrica efetivamente consumida.

Conforme já ficou decidido neste Tribunal de Justiça:

> Comprovada a existência de contrato de demanda de energia entre as partes e que está havendo cobrança de ICMS sobre a demanda contratada e não consumida, não há falar em ausência de interesse de agir. (MS n. 2008.014017-1, Capital, Terceira Seção Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 21.7.08).

Por isso, com o parecer, rejeito a preliminar.

**2.5 Ilegitimidade passiva do Secretário de Estado de Fazenda.**

Está consagrada a lição de Hely Lopes Meirelles, segundo a qual coatora "é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas".

Ora, o ICMS é um imposto atribuído aos Estados e ao Distrito Federal pelo artigo 155, inciso II, da Constituição Federal.

Ademais, a competência tributária do Estado de Mato Grosso do Sul, disciplinada pela Lei Estadual n. 1.810, de 22 de dezembro de 1997, compreende os impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (artigo 2º, inciso I, alínea *a*), aí se incluindo a instituição, fiscalização e recolhimento do ICMS.

A respeito, confira-se a jurisprudência deste Tribunal de Justiça, *in verbis*: *"O representante da Fazenda Estadual é parte legítima para figurar no pólo passivo de mandado de segurança que objetiva afastar a cobrança de ICMS, por ser a Fazenda Estadual o órgão responsável pela instituição, fiscalização e recolhimento do ICMS."* (MS n. 2008.014017-1, Capital, Terceira Seção Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 21.7.2008).

Assim, configurada a legitimidade do Secretário de Estado de Fazenda no polo passivo desta segurança que objetiva afastar a cobrança do ICMS, rejeito, de acordo com o parecer ministerial, esta preliminar.

**2.6 Inadequação da via eleita.**

O mandado de segurança constitui meio processual hábil para postular a cessação de cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica.

De acordo com o pacífico entendimento jurisprudencial desta Colenda Corte Estadual, *in litteris*: *"O mandado de segurança é meio hábil para fazer cessar violação praticada por autoridade do fisco que, a pretexto de recolher tributos, pratica excesso na glosa do imposto mencionado na impetração. Inteligência do art. 1º da Lei n. 1.533, de 31.12.1951."* (MS n. 2007.036915-6, Capital, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 13.10.08.).

Por conseguinte, fica rejeitada a preliminar de inadequação da via eleita.

**2.7 Ausência de prova pré-constituída.**

Embora suscitadas como se fossem tópicos distintos nas informações prestadas pelo Secretário de Estado de Fazenda, trata-se de uma única preliminar, qual seja, inadequação da via eleita por falta de prova pré-constituída.

A ausência ou não de prova da existência de direito líquido e certo, e da respectiva violação, constitui matéria a ser apreciada como mérito do mandado de segurança, motivo por que será com ele julgada.

**3. Mérito.**

Embora o Secretário de Fazenda tenha alegado que a impetrante não fez prova de violação a direito líquido e certo, a matéria de fato está suficientemente esclarecida pelos documentos que instruem a inicial, complementados por aqueles trazidos com as informações do Diretor-Presidente da ENERSUL, impondo-se o enfrentamento de seu mérito.

Ademais, discute-se questão de direito e, por mais complexa que seja, não impede a verificação e definição do direito aplicável em sede de mandado de segurança

Está pacificado na jurisprudência que o ICMS deve incidir apenas sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida.

Nos julgamentos de mandados de segurança versando sobre questão idêntica, este Tribunal de Justiça tem reiteradamente entendido que a *demanda contratada* constitui a reserva de potência necessária para fazer face às necessidades do consumidor final de energia elétrica, isto é, para que este possa fazer funcionar corretamente todos os seus equipamentos elétricos ao mesmo tempo. A demanda contratada define-se pela carga instalada e é expressa em quilowatts – KW.

A seu turno, a *energia consumida* é a que corresponde à *demanda*: é aquela energia que foi efetivamente utilizada em determinado período de aferição, medida em quilowatts-hora – KWh.

O contrato de fornecimento de energia elétrica define essas grandezas, na Cláusula 1ª, a saber:

> c) Demanda: média das potências elétricas ativas ou reativas, solicitadas ao sistema elétrico pela parcela da carga instalada em operação nas instalações elétricas, durante um intervalo de tempo especificado.
>
> d) Demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela ENERSUL, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (KW). (f. 123).

Vê-se que a autoridade impetrada considera idênticas duas grandezas de categorias bem distintas. Todavia, não é possível afirmar que 80 KW, que é a *demanda* de potência *contratada* pela impetrante com a concessionária de energia elétrica corresponda ao consumo efetivo de energia, designado simplesmente como *demanda* ou como *demanda medida* (cláusula 12ª, I, *b*, f. 125), que é medido em KWh.

Assim é que, mesmo considerada a demanda contratada de 80 KW com a ENERSUL, a impetrante poderia, por exemplo, em determinado período, como de férias coletivas, não consumir energia alguma simplesmente por não ter dela necessidade.

A nota fiscal relativa à conta do mês de fevereiro de 2008 (f. 27), juntada pela impetrante, registra que esta, no período pertinente, consumiu 12.731 KWh, tendo necessidade, em determinado momento desse período de medição, de uma potência de 80 KW.

A nota fiscal relativa à conta do mês de maio de 2005 (f. 155), apresentada pela ENERSUL, registra que a impetrante, naquele mês, consumiu 37.638 KWh, tendo necessitado de uma potência de 86 KW.

Dessarte, a autoridade impetrada, em vez de fazer incidir o ICMS sobre a energia efetivamente consumida, medida em KWh, tomou como base também o potencial de energia disponível, medido em KW e que foi objeto do contrato com a companhia de energia elétrica.

A questão da inexigibilidade do ICMS sobre a demanda contratada é esclarecida na doutrina jurídica da seguinte forma:

> Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.
>
> O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída.
>
> A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque.
>
> É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser 'estocado', para ulterior revenda aos interessados.
>
> Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).
>
> Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica.
>
> Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.
>
> A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.
>
> [...]

> A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de 'responsável' pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo). (CARRAZZA, Roque Antonio, ICMS, 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, p. 213-215. apud FUX, Luiz, REsp n. 871.386/RJ).

As quatro Seções Cíveis deste Colendo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul já apreciaram tal questão e adotaram a mesma orientação de que o ICMS não pode incidir sobre a demanda contratada. Confira-se:

> MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES – ILEGITIMIDADE PASSIVA – INÉPCIA DA INICIAL E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – AFASTADAS – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – DEMANDA CONTRATADA – ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA – ORDEM CONCEDIDA.
>
> Consoante entendimento jurisprudencial corrente, não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada (o ICMS aplicado sobre o quantum contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo), uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida.
>
> Ordem concedida. (MS n. 2008.006670-3, Capital, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 7.7.08).
>
> Consoante entendimento jurisprudencial corrente, não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de demanda reservada ou contratada (o ICMS aplicado sobre o quantum contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo), uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida. (MS n. 2007.036915-6, Capital, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 13.10.08).
>
> "O ICMS deve incidir sobre o valor correspondente à energia elétrica efetivamente consumida e não sobre a demanda contratada." (MS n. 2008.014017-1, Capital, Terceira Seção Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 21.7.08).
>
> O ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica tem por fato gerador a saída da mercadoria do estabelecimento distribuidor e a conseqüente entrega do bem ao estabelecimento adquirente, de modo que o valor da operação a ser considerado como base de cálculo do referido tributo é o valor efetivamente consumido e não o valor da demanda contratada. (MS n. 2008.023510-2, Capital, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 24.11.08).

O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se pronunciado nessa exata acepção:

> TRIBUTÁRIO. DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.
>
> 1. Somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos da condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurge a autora, devendo, em conseqüência, figurar no pólo passivo da demanda.

2. Segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica.

3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 972.843/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 11.9.07, DJ 11.10.07, p. 328). (Destaquei).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 135, 458 E 535 DO CPC. INTERESSE DE AGIR. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. MÉRITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO ESTADO E DO CONSUMIDOR FINAL.

FATO GERADOR. ENERGIA CONSUMIDA, E NÃO DEMANDA CONTRATADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não viola os arts. 165, 458 e 535 do CPC, tampouco nega a 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.

2. Na interposição do recurso especial com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, não basta a simples menção da norma federal tida por violada, é necessária a demonstração clara e precisa da ofensa em que teria incorrido o acórdão recorrido, sob pena de não-conhecimento do recurso, por deficiência na fundamentação (Súmula 284/STF).

3. Nas ações que versam sobre a contratação de energia elétrica sob a sistemática de demanda reservada de potência, o Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, e não as concessionárias de energia elétrica, bem como o consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato; portanto, é parte legítima para demandar visando à inexigibilidade do ICMS.

4. 'O fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica sem a sua efetiva utilização. Tal consectário é extraído da interpretação dos arts. 2º e 19 do Convênio 66/88' (REsp n. 825.350/MT, Segunda Turma, Rel Min. Castro Meira, DJ de 26.5.06).

5. Recurso especial desprovido." (REsp n. 952.834/MG, Relª. Minª. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 4.9.07, DJ 12.12.07, p. 407). (Destaquei).

4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora. (Precedentes: REsp n. 840285/MT, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16.10.06; AgRg no REsp n. 855929/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.10.06; REsp n. 343952/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17.6.02). (AgRg no Ag n. 933.678/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.11.07, DJ 29.11.07 p. 233).

Afasta-se, por conseguinte, o argumento da autoridade impetrada de que, à luz do artigo 116, incisos I e II, do Código Tributário Nacional, o fato gerador seria a disponibilização da energia elétrica, seja ela considerada situação de fato (inciso I) ou de direito (inciso II).

A responsabilidade tributária das distribuidoras de energia elétrica não é objeto do *mandamus*, motivo pelo qual a concessão da segurança não agride o artigo 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Por outro lado, não há falar, no caso em apreço, em condição suspensiva ou resolutiva, de sorte que fica afastada a incidência do artigo 117, incisos I e II, do Código Tributário Nacional.

A decisão a respeito do pedido formulado na inicial não acarreta violação ao princípio da separação dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal), pois o Judiciário está apenas cumprindo sua destinação constitucional, ao determinar que o Executivo estadual cumpra aquilo que está preceituado no ordenamento jurídico.

A correta interpretação do fato gerador na cobrança do ICMS não atinge o tributo instituído, de sorte que não ficam afrontados os artigos 145, § 1º, e 155, II, § 2º, IX, *b*, e § 3º, da Constituição Federal, nem os artigos 2º, I, e 13, I, da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996; tampouco acarreta enriquecimento ilícito da impetrante em face do Poder Público (artigo 884 do Código Civil).

Ante o exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do Diretor-Presidente da Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. – ENERSUL – e, quanto ao mérito, de acordo com o parecer ministerial, concedo a segurança para, confirmando a liminar, determinar que o ICMS devido pela impetrante não incida sobre a demanda de energia elétrica, mas, apenas e exclusivamente, sobre a energia efetivamente consumida.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, ACOLHERAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DIRETOR PRESIDENTE DA EMPRESA DE ENERGIA ELÉTRICA DE MATO GROSSO DO SUL, NÃO CONHECERAM DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DESTA SEÇÃO E REJEITARAM AS DEMAIS. NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Divoncir Schreiner Maran, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 6 de abril de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2009.001167-7 - Campo Grande
## Segunda Turma Cível
## Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA – PLANO DE SAÚDE – PACIENTE EM SITUAÇÃO DE URGÊNCIA – UTILIZAÇÃO DE HOSPITAL NÃO CONVENIADO – BOA-FÉ DO APELANTE – DEVER DE INDENIZAR DE ACORDO COM OS VALORES DA TABELA AMB – CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO – INCIDÊNCIA DO CDC – RECURSO IMPROVIDO.

Os contratos celebrados antes da vigência da Lei n. 9.656/98 são considerados de trato sucessivo, portanto sujeitos ao CDC no que tange à nulidade de cláusulas consideradas excessivamente onerosas.

Comprovada a urgência de internação, o plano de saúde fica obrigado a suportar os custos do tratamento, considerando que a finalidade do contrato é a preservação da vida.

Assegura-se ao paciente, em situação de emergência, o atendimento em hospitais não conveniados, situados fora da área de abrangência de cobertura.

Correta a sentença que condena a cooperativa ao pagamento das despesas do tratamento do beneficiário com base nos limites dos valores fixados na Tabela da Associação Médica Brasileira.

### 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, 12 de maio de 2009.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico, inconformada com a sentença (f. 127-133) que julgou procedente o pedido formulado na ação de cobrança ajuizada por Humberto Neder, apela, aduzindo, em resumo, que o contrato firmado com apelado foi celebrado em 1996, anterior à Lei n. 9.656/98, razão essa que o livra de submeter-se à referida norma. Afirma que o apelado sabia que seu plano não cobria o atendimento no Hospital Sírio Libanês e que, por isso, não pode responder pelos valores gastos. Alega que inexiste qualquer incoerência na sua conduta. Prequestionou os art. 5º, II e XXXVI, 194, 195 e 196 da Constituição Federal, e todos os artigos que possam ser aplicados, ou que foram mencionados no apelo, e os que são inerentes ao contraditório, ampla defesa e ao devido processo legal.

Contrarrazões pelo não provimento do apelo. (f. 195-202).

## VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de ação de cobrança ajuizada por Humberto Neder em desfavor de Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico, visando o recebimento de R$ 28.734,00, equivalente ao valor gasto com despesas médicas. A requerida, não se conformando com a sentença que a condenou, apela, onde sustenta que o contrato não é regulamentado pela Lei n. 9.656/98 e que a classe do plano do apelado não abrange o Hospital Sírio Libanês, motivo pelo qual não pode ser responsável pelo seu pagamento.

O juízo *a quo,* ao julgar procedente o pedido formulado na inicial, bem apreciou a matéria em questão, conforme infere-se nestes extratos da sentença de f. 127-133:

> É portanto, imprescindível interpretarmos o contrato de f. 16-24 à luz do Código de Defesa do Consumidor. Embarcando nessa premissa é de se concluir que a cláusula que limita a abrangência da cobertura para os eventos ocorridos somente no Estado de Mato Grosso do Sul é nula de pleno direito, em primeiro lugar, por ofender os "princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence.
>
> [...]
>
> Isto porque, diversamente do que sustentou a ré em sua contestação, a Lei n. 9.656/98 é sim aplicável ao presente pleito, isto é, ao contrato de f. 16-24, porquanto cuida-se de avença por tempo indeterminado de longa duração e de execução continuada. Como cediço, os contratos de trato sucessivo, como é o destes autos, renovam-se a cada pagamento efetuado, o que confirma o interesse das partes em sua manutenção.
>
> [...]
>
> Ademais, as peculiaridades do caso demonstram que não houve má-fé, mas foi plenamente justificável o encaminhamento imediato do autor para o Hospital Sírio Libanês, em vez de se buscar um hospital credenciado pela ré, em uma cidade desconhecida, eis que tal decisão foi tomada em uma situação de emergência, com o intuito de proteger a vida do autor, garantia esta que, ao menos em tese, deve ser o espírito do instrumento contratual celebrado entre as partes.

A sentença não merece reforma.

Conquanto o apelado Humberto Neder tenha sua residência e domicílio em Campo Grande – MS, encontrava-se, em 30.8.06, na capital de São Paulo para comemorar seu aniversário com familiares ali residentes, quando sofreu, repentinamente, uma hemorragia e, devido o regime de urgência, teve que ser internado na madrugada do dia 31.8.06, por volta das 2 horas, no referido hospital, vindo a submeter-se a uma cirurgia, posto que corria risco de morte.

A idade avançada do apelado (86 anos) somada à hemorragia sofrida, colocou-o em risco iminente de morte e, dado o estado de emergência, outra solução não havia que a da cirurgia. Em tais situações, o que se procura é o pronto atendimento. Ninguém fica questionando se o hospital é credenciado ou não. Busca-se salvar a vida. A apelante não contestou o estado emergencial do ora contratado.

O reembolso de despesas em hospital não credenciado é de ser efetuado, em caso de excepcional urgência, como se pode inferir da remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> EMENTA. PLANO DE SAÚDE. CENTRO TRASMONTANO. INTERNAÇÃO. HOSPITAL NÃO CONVENIADO.

> - O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado, pelo valor equivalente ao que seria cobrado por outro da rede, pode ser admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.), os quais não foram reconhecidos nas instâncias ordinárias.
>
> - A operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota.
>
> Recurso não conhecido. (REsp n. 2000 0071810-6, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar)

Como o contrato prevê limitações, não é correto forçar o plano de saúde a assumir os gastos de um plano de classe superior. Acertada, portanto, a decisão de custear o tratamento do apelado pela Tabela da Associação Médica Brasileira, que é tida como referência de valores pela própria apelante. Essa decisão permite padronizar os custos, deixando os gastos hospitalares no mesmo nível ao que teria se o apelado tivesse recorrido a um hospital conveniado.

A aplicabilidade da novel legislação sobre os contratos anteriores é ponto pacificado, pois além de ser um contrato de execução continuada, e, portanto, um contrato que é seguidamente renovado, a não aplicação da legislação mais recente levaria o apelado a uma situação de exagerada desvantagem. De consequência, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor.

O art. 35 da Lei n. 9.656/98 dispõe claramente que a lei não incide nos contratos anteriores à sua vigência, mas deixa assegurada a possibilidade de o consumidor, se assim o desejar, adaptar o seu plano, para então se sujeitar à nova lei.

> Art. 35, Lei n. 9.656/98. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

Como o autor assinou o contrato em 1º de abril de 1996, e não se verifica nenhuma menção a respeito da escolha pela adaptação, não há que se falar em irretroatividade da Lei n. 9.656/98. Entretanto, o contrato *sub judice* é regido pelo Código do Consumidor que, em seu art. 51, IV, garante a nulidade de cláusula que, diante de peculiaridades do caso, o torna excessivamente oneroso. Essa situação é a que se verifica nos autos.

Nesse sentido é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. *Verbis*:

> E M E N T A–AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – UNIMED – CONTRATAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CDC E À LEI N. 9.656/98 – EXISTÊNCIA DE TRATO SUCESSIVO – INCIDÊNCIA DO CDC, MAS NÃO DA LEI N. 9.656/98 – PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA – EMERGÊNCIA – POSSIBILIDADE – OBRIGATORIEDADE DO PLANO DE SAÚDE EM COBRIR AS DESPESAS – NÃO-OCORRÊNCIA DE DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL – RECURSO IMPROVIDO.
>
> 1. As disposições da Lei n. 9.656/98 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como aos contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei n. 9.656/98 não retroage, entretanto, para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação.
>
> 2. Embora o CDC não retroaja para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência.

3. Dada a natureza de trato sucessivo do contrato de seguro saúde, o CDC rege as renovações que se deram sob sua vigência, não havendo falar aí em retroação da lei nova.

4. 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.

5. O contrato de seguro de saúde cria um direito absoluto que é a preservação da vida acima de restrições de qualquer natureza.

6. Na atividade da natureza comercial praticada por empresa de saúde, excepcionalmente assume o risco de cobrir despesas mais elevadas que a contratada, em situação de emergência, sem que isso caracterize desequilíbrio contratual, pois no sistema cooperativo médico os que pagam o plano e não o utilizam suprem essas despesas extraordinárias. (Ação de Obrigação de Fazer n. 2008 009745-4, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho)

E M E N T A–APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINAR – IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL – JUNTADA DO DOCUMENTO E SUBSTABELECIMENTO – VÍCIO SANADO – MÉRITO – APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DA FORMA MAIS BENÉFICA PARA O CONSUMIDOR (ART. 47 DO CDC) – PLANO DE SAÚDE COM ABRANGÊNCIA GEOGRÁFICA NACIONAL – POSSIBILIDADE DE INTERCÂMBIO ENTRE AS UNIDADES COOPERADAS SOMENTE EM CASOS DE URGÊNCIA E EMERGÊNCIA – SITUAÇÃO EMERGENCIAL COMPROVADA – ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL QUE IMPÕE A OBRIGAÇÃO DE APRESENTAR DOCUMENTOS NO PRAZO DE 2 DIAS – INTERNAÇÃO DE URGÊNCIA – INVIABILIDADE DA OBRIGAÇÃO – DEVER DE RESSARCIR INTEGRALMENTE AS DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (AC n. 2006.006477-2, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo).

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA – DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES POR UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS FORA DO QUADRO OFERECIDO PELO PLANO DE SAÚDE – VIOLAÇÃO À REGRA DO ARTIGO 12, VI, DA LEI N. 9656/98 – INCONSISTENTE – REEMBOLSO DOS VALORES PAGOS DE ACORDO COM A RELAÇÃO DE PREÇOS PRATICADOS USUALMENTE – INSUBSISTENTES – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em ausência de convênio com nosocômio de outra localidade, quando a transferência da paciente somente ocorreu por orientação do próprio médico da cooperativa apelante, tendo esta inclusive fornecido transporte aéreo.

O reembolso dos valores pagos na forma do que dispõe a Lei n. 9656/98 não pode ocorrer quando o próprio gerente-médico da apelante declara que tal transferência não ficaria a cargo da paciente. (AC n. 2001 007843-0, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran).

No que tange ao prequestionamento dos citados dispositivos, este areópago tem entendido ser desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da ementa abaixo transcrita:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS LEGAIS. DESNECESSIDADE. O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais. (ED n. 58.630-5/01, Naviraí, Primeira Turma Cível Isolada, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, Unânime, DJ-MS 24.2.99, p. 14).

Por outro lado, o jurista NELSON NERY JÚNIOR em abalizada doutrina, assevera que:

> 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, RT, 2001, p. 859).

Como cediço, a boa-fé do apelado se presume, pois, ao encontrar-se em outra cidade e em situação de emergência, outra solução não havia que procurar o socorro médico, impondo-se, de consequência, o dever da apelante de arcar com as despesas médicas, o que foi bem analisado na decisão recorrida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo intacto o *decisum* recorrido.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 12 de maio de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2008.004058-9 - Campo Grande
## Terceira Turma Cível
## Relator Des. Ildeu de Souza Campos

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ALEGAÇÃO DE HAVER A AUTORIDADE COATORA SUSPENSO, INDEVIDAMENTE, PAGAMENTO DE PENSÃO AOS IMPETRANTES – NÃO OCORRÊNCIA – PEDIDO DE PENSÃO DEFERIDO EM MANDADO DE SEGURANÇA ANTERIOR, CONDENANDO O ESTADO A PAGAR AOS IMPETRANTES O EQUIVALENTE A DEZ COTAS MENSAIS – DETERMINAÇÃO JUDICIAL CUMPRIDA – SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DEVIDA – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO IMPROVIDO.

I- Se eventual decisão judicial condenar o Estado a pagar a impetrantes dez cotas mensais, a título de pensão, e o Estado cumpriu tal determinação, não é ilegal ou abusivo o ato do Poder Público que suspende o respectivo pagamento.

II- Não restando demonstrado o direito líquido e certo a embasar o *mandamus*, há de se denegar a segurança.

## 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, improver o recurso. Unânime e com o parecer.

Campo Grande, 13 de abril de 2009.

Des. Ildeu de Souza Campos – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos

Cleomar Cavalcante de Souza e outros, inconformados com a sentença prolatada nos autos do Mandado de Segurança por eles impetrado em face da Coordenadora de Recursos Humanos da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, deste Estado, dela recorrem para este Sodalício, pugnando por sua reforma, ao argumento de que, ao contrário do que restou ali consignado, têm os apelantes direito ao recebimento de pensão decorrente da exclusão de seu marido e pai do quadro da Policia Militar, deste Estado, até porque, tal pagamento já vinha sendo efetuado mediante ordem judicial, e foi indevidamente suspenso.

O Estado de Mato Grosso do Sul, em contrarrazões, sustenta dever o presente *mandamus* ser julgado extinto, sem julgamento de mérito, já que o objeto posto para julgamento encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada. No mérito, bate-se por seu improvimento.

O Ministério Público, em o parecer de f. 134-143, opina pelo improvimento do recurso interposto.

## VOTO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (Relator)

Preliminar de coisa julgada

O Estado de Mato Grosso do Sul, ao contrarrazoar o recurso, sustenta dever o processo ser julgado extinto, sem julgamento de mérito, por encontrar-se o objeto posto para julgamento acobertado pelo manto da coisa julgada.

Sem razão, no entanto, pois, através do presente *mandamus*, não pretendem os apelantes rediscutir a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 2005.015927-4 – que lhes concedeu o direito ao recebimento de pensão, pela exclusão de seu marido e pai do quadro da Policia Militar deste Estado – mas sim, a suspensão do referido pagamento, que, segundo alegam, constituiria em ato abusivo e ilegal da autoridade coatora.

Por essas razões, não há falar em coisa julgada, razão por que rejeito a preliminar argüida.

Mérito

Pelo que consta, os apelantes impetraram mandado de segurança, contra ato da Sra. Coordenadora de Recursos Humanos da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, deste Estado, ao argumento de haver a mesma praticado ato ilegal e abusivo, ao suspender, indevidamente, o pagamento de pensão, decorrente da exclusão de seu marido e pai do quadro da Policia Militar, deste Estado. Ressalte-se que o referido pagamento lhes foi deferido nos autos do Mandado de Segurança n. 2005.015927-4.

Ao julgar a demanda, o magistrado de instância singela denegou segurança pleiteada, e é desta sentença que se insurgem os apelantes.

Sem razão, no entanto, os apelantes, senão vejamos.

O acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança n. 2005.015927-4, da lavra do Des. Luiz Carlos Santini, restou fixado nos seguintes termos (p. 53):

> Pelo exposto, concede-se parcialmente a segurança, a fim de condenar o Estado ao pagamento das pensões cotas aos apelantes, em número de 10 (dez) e em valores equivalentes a 70% (setenta por cento) dos vencimentos que o segurado recebia à época, com os reajustes como estabelecido no § 3º, já referido do art. 117 da Lei Complementar Estadual n. 53/90. (grifei)

Pelo que se extrai do acórdão supracitado, verifica-se haver sido o Estado condenado a pagar pensão aos ora apelantes, em número de dez cotas, e pelo que consta, os apelantes receberam a respectiva pensão entre o período de junho de 2006 a maio de 2007. Cumprida a determinação judicial, o pagamento foi suspenso, gerando inconformismo aos apelantes.

Todavia, o acórdão proferido é claro no sentido de determinar o pagamento de cotas de pensão, equivalente a 70% dos vencimentos do ex-policial militar – marido e pai dos apelantes – em número de 10 (dez), razão porque não é abusivo ou ilegal o ato que suspendeu o respectivo pagamento, depois de cumprido o determinado na respectiva decisão.

Ora, direito líquido e certo, no magistério de Hely Lopes Meirelles, *"é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de*

*sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais".* (**Mandado de Segurança**. Malheiros Editores, *2008, p. 38)*

Como se vê, direito líquido e certo é aquele que prescinde de dilação probatória, ou, nos dizeres do Ministro José Delgado, *"A ação mandamental exige, para sua apreciação, que se comprove, de plano, a existência de liquidez e certeza dos fatos narrados na inicial. É inerente à via eleita a exigência de comprovação documental e pré-constituída da situação que configura a lesão ou ameaça a direito líquido e que se pretende coibir, devendo afastar quaisquer resquícios dúvida."(MS n. 25.549/RJ, julgado em 22.4.08, DJ 21.5.08).*

Assim, creio que o direito líquido e certo dos apelantes/impetrantes não restou devidamente comprovado na situação narrada, razão porque agiu com correção o magistrado *a quo* ao denegar a segurança pleiteada.

Diante do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo-se a sentença recorrida em todos os seus termos.

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

Acompanho o eminente relator.

Dos fatos

Os Impetrantes alegam que nos autos do Mandado de Segurança n. 2005.015927-4 ficou assegurado o direito ao recebimento de pensão pela exclusão do "marido e pai" do quadro da Polícia Militar, sendo que a autoridade apontada como coatora teria, ilegalmente suspendido tal pagamento.

Do preliminar de coisa julgada

Rejeitar.

O objeto do Mandado de Segurança n. 2005.015927-4 era a pensão devida pela exclusão. Nestes autos, discute-se a suspensão daquela pensão.

Do mérito

Denegar a segurança.

Nos autos do Mandado de Segurança n. 2005.015927-4, ficou determinado o pagamento de pensão pelo período de 10 meses. Findo esse prazo, a autoridade apontada como coatora suspendeu o pagamento.

Não há direito líquido e certo a ser amparado.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Vogal)

De acordo com o relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

RECURSO IMPROVIDO. UNÂNIME E COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ildeu de Souza Campos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ildeu de Souza Campos, Fernando Mauro Moreira Marinho e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 13 de abril de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2008.022085-7 - Campo Grande
## Terceira Turma Cível
## Relator Des. Ildeu de Souza Campos

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR SUSCITADA DE OCORRÊNCIA DE REVELIA – REJEITADA – MÉRITO – AUTOR QUE PRETENDE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR HAVER SOFRIDO REPRESENTAÇÃO EM ÓRGÃO DE CLASSE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se o advogado não tem poderes para receber citação, o só fato da retirada dos autos de cartório pelo mesmo não induz a aplicação da norma inserta no art. 214, § 1º, do CPC.

Não configura ato ilícito, a ensejar indenização por dano moral, representação oferecida à OAB contra um de seus membros, se ausente o propósito de ofender a honra do representado, constituindo tal prática apenas e tão-somente exercício regular de direito.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 4 de maio de 2009.

Des. Ildeu de Souza Campos – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos

Trata-se de apelação cível interposta por Antônio João Pereira Figueiró, contra sentença proferida às f. 685-690 que, na Ação de Indenização por Danos Morais, interposta contra BF Utilidades Domésticas Ltda., julgou improcedente o pedido formulado na inicial, extinguindo o feito nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, aduz o apelante, preliminarmente, revelia da empresa requerida, por haver sido a contestação apresentada fora do prazo, visto que a carta de citação foi recebida em 7.2.07, e em 14.2.07 os autos foram retirados com carga pelo advogado da empresa, e a contestação somente foi protocolizada no dia 25.4.07.

No mérito, alega o apelante, que advogou para a empresa apelada por mais de 5 (cinco) anos, quando teve seu contrato rescindido, e a partir daí passou a ser procurado por alguns empregados da mesma, para desempenhar serviços de advocacia trabalhista contra ela.

Ressalta que, por tal motivo, a apelada insurgiu-se contra o trabalho que era realizado por ele, alegando que os novos patrocínios se encontravam embasados em informações privilegiadas, representando contra ele, por duas vezes, junto à Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso do Sul.

Alega, ainda, que a apelada, ao apresentar duas representações em datas diferentes contra ele, embora ambas sobre o mesmo fato – advogar contra a empresa, após haver deixado de ser seu procurador – sem fazer qualquer prova dos fatos alegados, atentou contra a dignidade e a honra do apelante, visto que sua ação teve o único escopo de denegrir e ofender a sua honra.

Requer, por tais razões, a reparação do dano moral sofrido, uma vez que para sua caracterização, basta sofrimento humano, não causado por perda patrimonial, e não sendo necessária a prova do dano.

Devidamente intimada, a apelada apresentou contra-razões às f. 719-725, pugnando pelo não provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (Relator)

Antônio João Pereira Figueiró, inconformado com a sentença proferida às fls. 685-690, interpõe recurso de apelação às f. 698-712, na Ação de Indenização por Danos Morais proposta contra BF Utilidades Domésticas Ltda., por haver o juiz singular julgado improcedente o pedido formulado na inicial, extinguindo o feito nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, aduz o apelante, preliminarmente, revelia da empresa requerida, por que a contestação foi apresentada fora do prazo, visto que a carta de citação foi recebida em 7.2.07, e em 14.2.07 os autos foram retirados em carga pelo advogado da empresa, e a contestação somente foi protocolizada no dia 25.4.07.

No mérito, alega que advogou para a apelada por mais de 5 (cinco) anos, quando teve seu contrato rescindido, e a partir daí passou a ser procurado por alguns empregados da mesma, no intuito de desempenhar serviços de advocacia trabalhista contra ela.

Ressalta que, por tal motivo, a apelada não admitiu o trabalho desempenhado pelo apelante, sob o fundamento de que os novos patrocínios encontravam-se embasados em informações privilegiadas, representando contra ele, por duas vezes, junto à Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso do Sul.

Alega, mais, que a apelada, ao apresentar duas representações em datas diferentes, embora ambas com base no mesmo fato jurídico – advogar contra a empresa, após ter deixado de ser seu procurador – sem fazer qualquer prova dos fatos alegados, atentou contra a dignidade e a honra do apelante, visto que teve o único escopo de denegrir e ofender a sua honra.

Requer, por tais razões, a reparação do dano moral sofrido, uma vez que para sua caracterização, basta o sofrimento humano não causado por perda patrimonial, não sendo necessária a prova do dano.

Tecidas tais considerações, passo à análise da preliminar aventada.

Não obstante as alegações do recorrente, tenho que sua insurgência não tem razão de ser, pois tal matéria já foi decidida em duas oportunidades nos autos, ou seja, primeiro em decisão interlocutória, momento em que o apelante quedou-se inerte, não se insurgindo oportunamente, e num segundo momento, na sentença.

Com efeito, o magistrado singular deixou consignado que:

> O requerente alega que, muito embora não tenha sido devolvido o aviso de recebimento do correio, a requerida retirou os autos em carga na data de 14.2.07, através de um de seus procuradores – Dr. Rodrigo Arakaki Lima – e devolvido no dia posterior, sendo que a procuração fora anexada aos autos às f. 448 e 449, quando, então, pediu a aplicação dos efeitos da revelia e o julgamento antecipado da lide.
>
> Em que pesem os argumentos supra, tenho que não devem ser aplicados os efeitos da revelia, pelos mesmos fundamentos exarados na decisão de f. 450 do presente feito, proferida pelo juiz que atuava junta a esta Vara, instando salientar que, desta decisão, o requerente sequer recorreu. Não fosse isso, por duas vezes, esta Escrivania certificou o não retorno do aviso de recebimento da carta de citação, conforme consta às f. 684, o que enfraquece a tese de que houve 'retardamento proposital' por parte da empresa requerida. (f. 687)

Ainda que se admitisse o fato de que a retirada dos autos em cartório por advogado legalmente constituído, suprisse a falta de citação da parte, embora este não seja o caso dos autos, porquanto, para tanto, necessário se fazia que entre os poderes conferidos ao patrono, houvesse previsão expressa "para receber citação", ou seja, a procuração acostada à fl. 448 destes autos, não contém os poderes para receber citação, motivo pelo qual entendo que a contestação protocolizada no dia 25.4.07, ou seja, antes mesmo de ocorrer o retorno do Aviso de Recebimento (AR) da carta de citação, é tempestiva.

Nesse sentido, preciso o ensinamento do Ministro Luiz Fux (*in*, **Curso de Direito Processual,** Editora Forense, 3ª edição, p. 340), segundo o qual:

> A importância do ato citatório é de tal envergadura que não se presume a sua regularidade. Assim é que, v.g., se o advogado não tem poderes para receber a citação, a simples retirada dos autos de cartório pelo mesmo não induz à aplicação da norma inserta no art. 214, § 1º, do CPC. Diferente é a hipótese em que, embora não formalizada a citação, o réu outorga mandato a advogado para defendê-lo em referido feito e há juntada do instrumento procuratório aos autos, estando, por isso, suprida a providência citatória.

Por isto, rejeito a preliminar.

Passando ao mérito do recurso, aduz o apelante haver sofrido abalo moral, pois a empresa apelada fez duas representações contra ele na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso do Sul, desmoralizando-o perante seus amigos e clientes.

No caso, fazendo um breve relato dos fatos, extrai-se dos autos que o apelante foi contratado pela empresa apelada, em meados de 1992, para prestar-lhe serviços de advocacia, e em novembro de 1997 teve seu contrato rescindido.

Após a rescisão de seu contrato de trabalho, o apelante começou a ser procurado por funcionários daquela empresa, os quais solicitavam seus serviços profissionais, mais precisamente, para a propositura de ações trabalhistas contra a empresa.

Em vista disso, a empresa apelada, não concordando com o trabalho desempenhado pelo apelante - pois o mesmo encontrava-se embasado em informações privilegiadas – resolveu formalizar as representações contra ele perante o órgão de classe competente, com o propósito de apurar as irregularidades por ele praticadas.

Em sua defesa, aduz a apelada que, ao contrário do que alega o recorrente, ao representar-se contra ele, jamais pretendeu atingir direta e objetivamente a sua reputação pessoal ou profissional, agindo tão-somente no intuito de ver apurados os fatos que, no seu entendimento, apresentavam-se como infrações ao Código de Ética e Disciplina dos Advogados, ou seja, agiu no exercício de seu direito.

Pois bem. De fato, o dano moral, para ser arbitrado, requer prova de ter ocorrido dolo ou culpa na conduta do agente causador, e só estes geram o dever de indenizar.

No caso dos autos, como bem salientado na sentença, mesmo havendo sido comprovada a ocorrência de dano, não há que se vislumbrar a hipótese de dano moral, por não haver prova de dolo ou culpa na conduta da empresa.

Observe-se que um dos requisitos para que se configure a obrigação de indenizar, é o fato de estar a conduta apontada revestida de antijuridicidade, ausente no caso dos autos.

O artigo 188, do Código Civil, fundamento utilizado pelo d. magistrado singular, na sentença, estabelece que não constituem atos ilícitos, os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

No entendimento do i. Processualista Nestor Duarte (*in*, **Código Civil Comentado.** Barueri/SP: Editora Manole, 2007, Coordenador Ministro Cezar Peluso, p. 124), *"são excludentes de ilicitude, ainda que a conduta produza danos a terceiros, a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estado de necessidade"*.

Outro, aliás, não é o posicionamento adotado pelo E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, segundo o qual:

> Não configura ato ilícito, a ensejar indenização por dano moral, representação oferecida à OAB contra um de seus membros, se ausente o propósito de ofender a honra do representado, constituindo tal prática exercício regular de direito. (TAMG, Primeira Cível, AC, Rel. Herondes de Andrade, RT 707/148).

Não obstante as alegações do recorrente, entendo que o fato de a apelada haver oferecido representação contra o apelante perante o Conselho da OAB, somente justificaria uma indenização, caso se verificasse má-fé da empresa.

Todavia, tal hipótese não restou provada nos autos, visto que a empresa agiu dentro dos limites de seu direito de defesa, pois tinha a seu dispor a opção de comunicar àquela entidade de classe, os atos aparentemente irregulares praticados pelo apelante, para aí, então, serem apurados.

Assim, tenho que agiu com acerto o ilustre julgador monocrático ao afastar a indenização por danos morais, razão por que a sentença não merece nenhuma reforma.

Diante do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença ora guerreada.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ildeu de Souza Campos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ildeu de Souza Campos, Fernando Mauro Moreira Marinho e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 4 de maio de 2009

***

# Apelação Cível n. 2009.012405-3 - Campo Grande
## Terceira Turma Cível
## Relator Des. Ildeu de Souza Campos

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – MENSALIDADES ESCOLARES ATRASADAS – ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO A SER FEITA DE CADA PARCELA – MULTA SOBRE O VALOR DE MATERIAL DIDÁTICO NÃO PREVISTA NO CONTRATO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Tratando-se de cobrança de dívida líquida, certa e exigível, a atualização do débito deve fazer-se a partir do vencimento de cada uma das parcelas.

Não prevendo o contrato de prestação de serviços educacionais, o valor de material didático, impossível a cobrança de multa a incidir sobre ele.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de junho de 2009.

Des. Ildeu de Souza Campos – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos

Trata-se de apelação cível interposta por Fundação Lowtons de Educação e Cultura – Funlec, objetivando a reforma da sentença proferida às f. 49-51, nos autos da Ação de Cobrança que move contra Nádia Leite de Oliveira, cuja sentença julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a apelada ao pagamento das mensalidades de fevereiro, março, maio, junho e outubro de 2004, no valor de R$ 231,80 (duzentos e trinta e um reais e oitenta centavos), cada uma, devidamente corrigidas monetariamente pelo IGPM, a partir do ajuizamento da ação, acrescidas de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, contados desde a citação, e multa contratual no percentual de 2% (dois por cento), bem como ao pagamento de R$ 265,00 (duzentos e sessenta e cinco reais), referente ao material didático do ano de 2004.

Insurge-se a apelante contra a parte da sentença que fixou a correção monetária, juros de mora e multa, alegando que a data inicial para correção monetária e dos juros de mora devem ser contados a partir do dia do inadimplemento da obrigação, segundo prevê o artigo 394, do Código Civil.

Aduz, ainda, que a multa contratual deve incidir, também, sobre o valor do material didático, e não tão-só sobre o valor das mensalidades escolares em atraso.

Devidamente intimada, a apelada não apresentou contra-razões.

## VOTO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (Relator)

Não obstante haver a magistrada singular fundamentado sua decisão no sentido de que, é requisito indispensável para a cobrança de juros moratórios *"exatamente a constituição em mora do devedor e que se deu, no presente caso, com a citação da ré"* (fl. 50), impõe-se dela discordar, por que o caso trata-se de cobrança de dívida líquida, certa e exigível, devendo a incidência dos juros de mora e correção monetária dar-se desde o momento da inadimplência do devedor, ou seja, desde o vencimento de cada mensalidade.

Observe-se, que outro não é o entendimento desta Corte de Justiça, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – EMBARGOS – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA DESDE O VENCIMENTO DO TÍTULO – JUROS DE MORA – OBRIGAÇÃO LÍQUIDA E POSITIVA – INADIMPLÊNCIA AUTOMÁTICA – DEVIDA DESDE O VENCIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Por se tratar de dívida líquida, a incidência dos juros de mora se dá a partir do vencimento da obrigação. (AC n. 2005.012297-8, Quarta Turma, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 5.9.06).
>
> AÇÃO MONITÓRIA – CONTRATO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – PRESCRIÇÃO ÂNUA – AJUIZAMENTO DA AÇÃO ANTES DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO – DEMORA NA CITAÇÃO – ATRASO EM DECORRÊNCIA DO MECANISMO DA JUSTIÇA – SÚMULA 106 DO STJ – PRESCRIÇÃO AFASTADA – FALTA DE AUDIÊNCIA PRELIMINAR – DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA EM AUDIÊNCIA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO – JUROS DE MORA INCIDENTES DESDE O VENCIMENTO DE CADA TÍTULO – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJMS, AC n. 2005.005133-2, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, Julgado em 15.5.07).

Todavia, no que diz respeito à alegação da apelante quanto à multa contratual, ressaltando que deve ela incidir também sobre o valor do material didático, tenho não lhe assistir razão, porquanto, como bem assentado na sentença, *"quanto a multa aplicada, tal deve incidir tão somente em relação as mensalidades não adimplidas, conforme consta no contrato, excluindo-se o valor da multa sobre o valor do material didático vez que este tal valor não consta do contrato"*.

Diante de todo o exposto, conheço do recurso interposto por Fundação Lowtons de Educação e Cultura – FUNLEC, e dou-lhe parcial provimento para determinar que os juros de mora e correção monetária incidam sobre o débito desde a data do vencimento de cada mensalidade.

## 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. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ildeu de Souza Campos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ildeu de Souza Campos, Fernando Mauro Moreira Marinho e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 15 de junho de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2004.000889-9 - Ponta Porã
# Primeira Turma Cível
# Relator Des. João Maria Lós

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – ARRENDAMENTO MERCANTIL – REVISÃO CONTRATUAL – APLICABILIDADE DO CDC – ADOÇÃO DO DÓLAR AMERICANO COMO INDEXADOR – TEORIA DA IMPREVISÃO – EQUILÍBRIO CONTRATUAL – SUBSTITUIÇÃO PELO IGPM – RECURSO NÃO PROVIDO.

Embora nos contratos de arrendamento mercantil seja permitida a possibilidade de contratação em moeda estrangeira, deve ficar demonstrado que os recursos para aquisição do bem adveio do exterior.

Se a avença, na qual foi adotado o dólar como indexador, tornou-se injusta e excessivamente onerosa, e colocou os devedores em nítida desvantagem em relação ao credor, mantém-se a sentença que adotou a teoria da imprevisão, especificamente quando a moeda americana sofreu abrupta elevação e causou o desequilíbrio do contrato, determinou a sua substituição pelo IGPM, por melhor refletir a variação inflacionária.

## 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, 2 de junho de 2009.

Des. João Maria Lós – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Trata-se de apelação cível interposta por Daimler Chrysler Leasing Arendamento Mercantil S.A. contra sentença do juiz de primeiro grau que julgou parcialmente procedente a Ação Declaratória de Nulidade e Revisão de Cláusulas Contratuais c/c Restituição de Valores interposta por Três Irmãs Turismo Ltda. determinando a demudação do contrato de arrendamento mercantil para compra e venda a prestação, vedando a indexação das prestações pelo dólar americano com o recálculo das contraprestações desde o início do contrato com base na variação do IGPM, mais juros de 1% (um por cento) ao mês, sem capitalização e redução da multa contratual de 10% (dez por cento) para 2% (dois por cento), além da condenação em custas e honorários advocatícios.

Pede a nulidade da sentença sob a argumentação de que há legalidade na utilização da variação cambial como fator de reajuste das contraprestações em virtude do princípio do *pacta sunt servanda,* devendo o contrato ser cumprido conforme o estipulado entre as partes.

Sustenta a inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão, por não estarem presentes seus requisitos, ou seja, neste caso não ocorreu onerosidade excessiva, tampouco acontecimento imprevisível, sendo assim, o contrato não é passível de revisão.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 305-310 pugnando pelo não provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Daimler Chrysler Leasing Arendamento Mercantil S.A., contra sentença do juiz de primeiro grau que julgou parcialmente procedente a Ação Declaratória de Nulidade e Revisão de Cláusulas Contratuais c/c Restituição de Valores interposta por Três Irmãs Turismo Ltda., determinando a demudação do contrato de arrendamento mercantil para compra e venda a prestação, vedando a indexação das prestações pelo dólar americano com o recálculo das contraprestações desde o início do contrato com base na variação do IGPM, mais juros de 1% (um por cento) ao mês, sem capitalização e redução da multa contratual de 10% (dez por cento) para 2% (dois por cento), além da condenação em custas e honorários advocatícios.

Não obstante o inconformismo do recorrente, tenho que a sentença não merece reformas, pelo que passo a expor.

O contrato de arrendamento mercantil foi firmado em março de 1998, com financiamento de R$ 40.228,00 (quarenta mil, duzentos e vinte e oito reais) a ser pago em 36 parcelas.

O recorrente alega que não há possibilidade de revisão contratual ao que se refere à variação cambial, uma vez que o contrato foi estabelecido livremente entre as partes, que concordaram com a correção, sendo inaplicável o princípio do *rebus sic stantibus*.

No que tange à matéria contratual, a regra geral é aquela em que as partes ficam obrigadas ao que foi compactuado. Entretanto, é passível de exceções, cabendo, assim, a revisão, quando ocorrem fatos supervenientes que provoquem desequilíbrio entre os contraentes, gerando onerosidade excessiva, como no caso de valorização do dólar.

Na época da celebração do contrato, em março de 1998 (f. 35-42), a opção pela cláusula de variação cambial poderia ser viável para realização do negócio, pois não se podia dizer que a variação cambial era previsível, já que a moeda nacional encontrava-se estável e permaneceu assim por alguns anos, o que ocasionou a impressão de estabilidade econômica tão bem corroborada pela propaganda governamental.

Com o advento do Plano Real formulado pelo Governo Federal, objetivando a estabilização da moeda e o fim da inflação que então assolava o País, adotou-se uma política cambial de rígido controle por parte do Banco Central do Brasil, pelo sistema de bandas, de tal sorte que a flutuação da moeda americana tinha um teto máximo. Tal fato permitiu a adoção do dólar como indexador dos contratos, visto que, a par da estabilidade da moeda, havia o mencionado rígido controle por parte do Governo quanto à flutuação da referida moeda.

No entanto, com advento da crise cambial, não resta qualquer dúvida de que houve uma profunda alteração dos valores das parcelas indexadas pelo dólar, já que o governo, ao contrário do que vinha fazendo ao longo dos últimos anos, liberou a flutuação da moeda, a qual sofreu uma grande elevação em face da desvalorização do real.

Consigno mais, que os contratos de arrendamento mercantil são de adesão, não permitindo ao consumidor manifestação acerca das cláusulas que o regem.

Destaco ainda, parte do voto do Des. Rêmolo Leterriello proferido na Apelação Cível n. 2004.009329-2:

> Ainda que o STJ tenha cancelado a Súmula 263, tem-se que o entendimento sobre a matéria não deve ser alterado, data venia.
>
> Observa-se que o voto do e. Ministro do STJ Carlos Alberto Menezes Direito que se manifestou favoravelmente ao cancelamento da referida súmula, não se atentou e nem se referiu às normas do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo a evidente desvantagem e o prejuízo que acarretará aos consumidores.
>
> Primeira questão a ser levantada é com relação à validade da cláusula que prevê a cobrança do VRG de forma antecipada.
>
> O próprio Ministro Carlos Alberto Menezes Direito afirma no seu voto que em momento algum a Lei n. 6.099/74 prevê a possibilidade da cobrança do VRG antecipadamente. Expressamente assevera que a cobrança do VRG tem previsão apenas na Portaria 644/78-MF. É forçoso concluir, então, que esta cláusula prevista nos contratos de leasing é abusiva porque coloca o consumidor em desvantagem porquanto, de uma forma ou de outra, impõe a ele que compre o bem ao final do contrato. Não é crível que o consumidor, depois de pagar as contraprestações e o VRG, não queira comprar o bem.
>
> Sobre a finalidade do VRG e a ocorrência de prejuízo ao arrendatário, o Ministro assevera que "ao final do contrato, mesmo que não seja efetuado o referido adiantamento (VRG), deverá pagar à arrendadora a diferença entre o VRG e o valor obtido da venda do bem a terceiros, quando este for inferior àquele. Optando, entretanto, pela compra, já terá quitado a importância necessária, não precisando desembolsar qualquer valor." (Resp n. 213.818/RS).
>
> Data venia, não comungo do mesmo entendimento porque mais uma vez o consumidor está em desvantagem.
>
> Se o arrendatário, que já pagou o VRG adiantado, ao final do contrato optar pela compra do bem, não vai ter que desembolsar nada, ou seja, não vai ter que pagar nenhum valor a mais.
>
> Todavia, se ele optar pela entrega do bem à arrendadora, é possível que ainda tenha que pagar algum valor que se refere à diferença entre o VRG e o valor obtido da vendo do bem a terceiros, quando este for inferior àquele.
>
> Vê-se que o consumidor, mais uma vez, encontra-se em desvantagem e à mercê da arrendadora, sendo obrigado a adquirir o bem para não correr o risco de ter que pagar mais uma quantia referente à citada diferença.
>
> Aliado a todas essas abusividades praticadas contra o consumidor, deve ficar ressaltado que o contrato celebrado pelas arrendadoras são de adesão, não permitindo ao arrendatário qualquer manifestação de vontade acerca da alteração da cláusula que prevê a cobrança do VRG.
>
> Portanto, ainda que a Súmula 263 do STJ tenha sido cancelada, mantenho o mesmo entendimento sobre a matéria.

Os contratos de *leasing* de veículos com reajuste das prestações vinculadas ao dólar constituem, atualmente, situação que ilustra fielmente a onerosidade excessiva do contrato. No Brasil inteiro, o Judiciário

tem concedido, em ações individuais e coletivas, liminares impondo a substituição do reajuste pelo dólar por índice que reflita a taxa inflacionária. O que se busca no caso em tela é exatamente um equilíbrio financeiro da cláusula contratual para se evitar o enriquecimento da instituição financeira em detrimento da imposição de um ônus excessivamente gravoso ao recorrido.

Saliente-se que admitir a correção dos contratos pela moeda americana, com a máxima desvalorização ocorrida no real, proporcionará, indubitavelmente, o enriquecimento exagerado por parte do recorrente, contra um empobrecimento acentuado do recorrido.

Conforme mencionou o recorrente, o nosso ordenamento jurídico admite, excepcionalmente, o reajuste vinculado à variação cambial, nos contratos de arrendamento mercantil, segundo o art. 1º do Decreto-Lei 857/69, porém não ficou demonstrado pela instituição que a captação de recursos adveio do exterior.

Ademais, é perfeitamente cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, devido a relação entre as partes ser de consumo, e, portanto, adequada a revisão contratual, conforme o art. 6º, V Deste Código, que prescreve:

> 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.

Nesse sentido, há ainda, a incidência da teoria da imprevisão, uma vez, ao contrário do que alega o recorrente, todos os elementos da teoria estão presentes, ou seja, ficou evidente a superveniência de um acontecimento extraordinário e imprevisível o qual acarretou a impossibilidade de execução do contrato devido à onerosidade excessiva das contraprestações e que, caso seja mantida esta variação cambial, ocasionará o enriquecimento injusto do credor.

Observa-se que deve imperar um justo equilíbrio entre as partes, o que não ocorreria se fossem mantidas as contraprestações em moeda norte-americana. Importante ressaltar que o fato de haver inadimplência não elide a possibilidade de discutir o contrato, inclusive para que haja certeza do valor que deverá ser pago.

Nesse sentido a Quarta Turma deste Tribunal já decidiu:

> APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL – LEASING – VRG – COBRANÇA ANTECIPADA – DESCARACTERIZAÇÃO PARA COMPRA E VENDA A PRESTAÇÃO – SUBSTITUIÇÃO DA VARIAÇÃO CAMBIAL PELO INPC – PACTA SUNT SERVANDA – APLICAÇÃO DO CDC – PARCELAS INDEXADAS PELO DÓLAR – DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA NACIONAL EM RELAÇÃO AO DÓLAR AMERICANO – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – DECRETO-LEI N. 22.626/33 – JUROS REMUNERATÓRIOS – AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 192 § 3º DA CF – RECURSO IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> A mudança do plano econômico que desvaloriza a moeda nacional, em relação ao dólar americano, causando um aumento exacerbado nas parcelas dos contratos indexados pela moeda americana, onerando em demasia o consumidor, é permissivo para que as cláusulas desproporcionais no contrato sejam revisadas, tendo em vista a consagração da cláusula rebus sic standibus pelo Código de Defesa do Consumidor.

Aplica-se o INPC em substituição a variação cambial. (AC n. 2001.010692-2/0000-0, Quarta Turma Cível, Rel. Dês. Rêmolo Letteriello, julgado em 8.4.01).

Assim, agiu com acerto o magistrado que, com base nas disposições do CDC, determinou a substituição da moeda estrangeira pelo IGPM, como fator de atualização da dívida.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe seguimento.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

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

Campo Grande, 2 de junho de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2004.004906-4 - Campo Grande
## Primeira Turma Cível
## Relator Des. João Maria Lós

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONTA-CORRENTE CONJUNTA – INADIMPLEMENTO DE EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO POR APENAS UM DOS CORRENTISTAS – INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS DEMAIS – INCLUSÃO DO NOME DO COTITULAR NOS CADASTROS DE ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – INSCRIÇÃO INDEVIDA – CONDENAÇÃO MANTIDA – JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – SÚMULA 54/STJ – RECURSO DO RÉU NÃO PROVIDO E RECURSO ADESIVO DA AUTORA PROVIDO.

Em se tratando de conta-conjunta, o cotitular detém apenas solidariedade ativa dos créditos na instituição financeira, sem responsabilidade pelo inadimplemento de empréstimo contraído apenas pela outra correntista. A cotitularidade limita-se à propriedade dos fundos comuns à sua movimentação, porém não tem o condão de transformar o outro correntista em codevedor pelas dívidas assumidas pela contratante do mútuo.

Assim, o simples lançamento indevido do nome da correntista no órgão de restrição ao crédito por inadimplemento de contrato firmado apenas pela cotitular da conta-corrente constitui ato lesivo à sua honra, ensejando a reparação pecuniária pelos danos morais.

Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, segundo Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de maio de 2009.

Des. João Maria Lós – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Banco do Brasil S.A. interpõe recurso de apelação em face da sentença em que foram julgados procedentes os pedidos formulados nos autos da ação ordinária de reparação de danos morais c/c pedido de tutela antecipada ajuizada por Cyntia Christiane Escobar Ayala a fim de condenar o requerido a pagar à autora, a título de reparação dos danos morais a ela causados, a importância de R$ 10.000,00, a ser atualizada pelo IGPM a partir da data da decisão e acrescida de juros legais (art. 406, do Código Civil) a partir do trânsito em julgado.

Sustenta a nulidade da sentença recorrida, porque o juízo *a quo* desconsiderou o valor probante do documento que demonstra que a apelada mantinha ainda a conta em solidariedade com a sua mãe, e pelo qual manifestava a remanescência da coobrigação assumida anos antes.

Quanto ao mérito, sustenta que a autora não providenciou a exclusão do seu nome da conta-corrente conjunta que movimentava com sua mãe, devendo, portanto, ser responsabilizada pelo débito em questão.

Em contrarrazões, Cyntia Christiane Escobar Ayala pugna pelo improvimento do recurso.

Cyntia Christiane Escobar Ayala ainda interpõe recurso adesivo, objetivando a reforma da decisão no que diz respeito ao termo do início da contagem dos juros de mora, que foi fixado a partir do trânsito em julgado, requerendo seja contado a partir do evento danoso.

O Banco do Brasil S.A apresentou contrarrazões ao recurso adesivo de apelação, pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

## VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelas partes em face da sentença proferida nos autos de Ação Ordinária de Reparação de Danos Morais c/c Pedido de Tutela Antecipada ajuizada por Cyntia Christiane Escobar Ayala em face de Banco do Brasil S.A. em que se julgou procedente o pedido inicial, a fim de condenar o requerido a pagar à autora, a título de reparação dos danos morais a ela causados, a importância de R$ 10.000,00, a ser atualizada pelo IGPM a partir da data da decisão e acrescida de juros legais (art. 406, do Código Civil) a partir do trânsito em julgado.

Extrai-se dos autos que a autora, por culpa exclusiva do réu, segundo alega, teve seu nome indevidamente inscrito nos cadastros da Serasa e do SPC, medida que considerou ilegal e sem substrato fático que o sustente.

Alegou, em síntese, que em meados de 1993 a Sra. Gilda Escobar Ayala, sua mãe, incluiu seu nome como segunda titular de uma conta-corrente mantida à agência do requerido em Ponta Porã-MS.

Sustentou que no ano de 1994 foi contratado pelo próprio requerido para um estágio remunerado e, em razão desse fato, abriu uma outra conta-corrente em Campo Grande-MS. Em razão de sua contratação pelo requerido, a sua mãe teria solicitado a exclusão de seu nome da conta conjunta.

Porém, em 1997, por conta de um empréstimo contraído pela sua mãe na agência em Ponta Porã-MS, que não teria sido adimplido, a autora teve seu nome negativado junto à Serasa e ao SPC, medida considerada pela autora ilegal, pois não figurava mais como cotitular da conta-corrente por ocasião do empréstimo.

O requerido sustentou, em sua defesa, que não teriam ocorrido os danos morais alegados na inicial, e que a autora não providenciou a exclusão de seu nome da conta-corrente conjunta que movimentava com sua mãe, devendo, consequentemente, ser responsabilizada pelo débito em questão.

O pedido formulado pela autora foi julgado procedente, nos termos já relatados, insurgindo-se ambas as partes contra a referida decisão.

Feito esse breve retrospecto, passo ao exame dos recursos interpostos.

**Do recurso interposto pelo Banco do Brasil S.A.**

O recurso deve ser conhecido, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Pois bem, a primeira questão a ser analisada no presente caso diz respeito à alegação de nulidade da sentença, visto que o juízo *a quo* não teria considerado o contrato de abertura de conta-corrente no banco, documento que ratificaria o procedimento pelo recorrente quanto à inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito.

Entretanto, tenho que, ainda que em pleno vigor o referido documento, com titularidade conjunta da conta-corrente da autora com sua mãe, tal fato é irrelevante para o deslinde da causa, pois, consoante entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, *"em se tratando de conta conjunta, o co-titular detém apenas solidariedade ativa dos créditos junto à instituição financeira, sem responsabilidade pelos cheques emitidos pela outra correntista. 'A co-titularidade limita-se à propriedade dos fundos comuns à sua movimentação, porém não tem o condão de transformar o outro correntista em co-devedor pelas dívidas assumidas pela emitente, ainda que cônjuge, pelas quais ela deve responder escoteiramente'* (REsp n. 336.632/ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 31.3.03). [...] Precedentes: REsp n. 602.401/RS, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 28.6.04; REsp n. 13.680/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ 15.9.92; REsp n. 3.507/ES, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 10.09.90) (REsp n. 819192/PR, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado 28.3.06, DJ 8.5.06, p. 238).

No mesmo sentido, a orientação jurisprudencial deste Sodalício, senão vejamos dos arestos a seguir transcritos, *in verbis*:

> Não é devida a inscrição perante os órgãos de restrição ao crédito daquele que não deu causa à emissão dos cheques sem fundos, até porque o co-titular da conta corrente conjunta não é devedor solidário pelas dívidas contraídas e não adimplidas pelo outro correntista, verdadeiro emitente dos cheques. (TJMS, AC, Ordinário, n. 2005.014997-4/0000-00, Quarta Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 29.8.06).

Não obstante, como bem ressaltado pelo juízo *a quo* na decisão recorrida, o apelante, mesmo intimado (f. 124), deixou de juntar aos autos o contrato pelo qual concedeu o mútuo creditado na conta-corrente da mãe da autora, assim como não informou qual a origem das anotações constantes da certidão de f. 30, situação omissiva que implicou na presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial (nem sequer impugnada pelo recorrente em seu recurso), especialmente quanto ao fato de as restrições de f. 30 terem origem no inadimplemento do empréstimo feito pela mãe da autora.

Ainda, nas palavras do julgador sentenciante:

> Tal presunção, aliás, está corroborada por circunstâncias fáticas que se pode extrair dos autos. Inicialmente, é importante frisar que a autora não tem qualquer responsabilidade pelo pagamento dos valores mutuados à sua mãe pelo banco. Tal empréstimo foi feito diretamente à mãe da autora, com aval de terceiro, sem nenhuma participação da demandante. Isso não foi contestado pelo requerido. E o fato de os valores terem sido creditados na conta conjunta (f. 40), muito ao contrário do que afirma o demandado, não faz da autora responsável pelo pagamento do mútuo (f. 142-143).

Portanto, não há alar em desconsideração de qualquer prova, mormente se ela é irrelevante para o desfecho da questão, razão por que rejeito a preliminar.

Em consequência daquilo que foi até aqui exposto, a tese meritória do recurso interposto pelo Banco do Brasil S.A. - alegação de que a autora não providenciou a exclusão do seu nome da conta-corrente conjunta que movimentava com sua mãe - por coerência, deve ser rechaçada.

Isso porque, como já destacado alhures, o cotitular da conta-corrente conjunta não é devedor solidário pelas dívidas contraídas e não adimplidas pelo outro correntista.

Consequentemente, a inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito afigura-se abusiva, devendo, por isso, ser indenizada, nos termos da decisão vergastada.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto pelo Banco do Brasil S.A., porém, nego-lhe provimento.

**Do recurso adesivo interposto por Cyntia Christiane Escobar Ayala**

Insurge-se a autora, em recurso adesivo, sustentando que o termo inicial para incidência dos juros moratórios deve coincidir com a ocorrência do evento danoso.

Tenho que lhe assiste razão, sendo certo que a matéria, inclusive, já está pacificada no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça, nos termos do que dispõe a Súmula 54, que diz: *"Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, no caso de responsabilidade extracontratual"*. Nesse sentido: STJ, REsp n. 588793, MG, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 2.8.04, p. 410; STJ, REsp n. 281511, RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 1.7.04, p. 200; STJ, AGA n. 560051, SE, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 10.5.04, p. 249.

A propósito, o Desembargador Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra Responsabilidade Civil, 8ª ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-02), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 655, preleciona: *"Nos casos, porém, de inadimplemento contratual, constam-se 'os juros da mora desde a citação inicial.'" (CC, art. 405). Tal regra não se aplica à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos, porque para estas existe norma específica: o art. 398"*.

No mesmo sentido, esta E. 1ª Turma Cível desta Corte, em decisão de minha relatoria, já decidiu que *"Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, segundo Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça."* (AC, Ordinário, n. 2008.025721-8/0000-00, Campo Grande, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 21.10.08).

Outro não é o entendimento da E. 3ª Turma Cível, também deste Sodalício, para quem *"Na indenização por dano moral, o termo inicial dos juros moratórios é a data do evento danoso [...]"* (AC 2007.025697-6/0000-00, Dourados, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 12.11.07).

Desse modo, os juros de mora serão computados a partir da inclusão do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito referidos na inicial.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto pelo Banco do Brasil S.A., porém, nego-lhe provimento. Outrossim, conheço do recurso interposto por Cyntia Christiane Escobar Ayala e dou-lhe provimento para reformar a sentença recorrida e determinar que os juros moratórios incidam a partir da inclusão do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito referidos na inicial.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

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

Campo Grande, 5 de maio de 2009.

***

# Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2008.035613-8/0001-00
# Capital - Terceira Seção Cível
# Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR QUE AUTORIZA A CONCESSÃO DE ISENÇÃO DE ICMS NA COMPRA DE VEÍCULO AUTOMOTOR NOVO POR DEFICIENTE FÍSICO NÃO CONDUTOR – REQUSITOS PRESENTES – AGRAVO NÃO PROVIDO.

Cabível a concessão de medida liminar quando presentes os requisitos do art. 7º, I, da Lei n. 1.533/51, mormente quando a restrição imposta pela autoridade coatora, de impedir a concessão de benefício fiscal, tão somente pelo fato de o veículo ser conduzido por terceira pessoa, não traduz a finalidade pela qual a isenção é concebida, mormente quando comprovada a necessidade de utilização do veículo para uso próprio do deficiente.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, em votação unânime, negar provimento.

Campo Grande, 27 de abril de 2009.

Des. João Maria Lós – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe o presente recurso contra a decisão em que se deferiu o pedido de liminar formulado nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Valdir Esteves de Almeida, determinando à autoridade coatora que conceda ao impetrante isenção do ICMS para aquisição de veículo automotor novo para deficiente físico, não condutor.

Sustenta que a isenção aos portadores de deficiência para aquisição de veículo automotor é concedida apenas no âmbito dos impostos de competência da União (IOF e IPI) não se estendendo aos impostos estaduais devido à ausência de disposição legal neste sentido. Ressalta que a legislação estadual não prevê o benefício da isenção do ICMS quando o adquirente do veículo não for o condutor.

Alega que o agravado não preenche os requisitos legais no que tange ao laudo médico subscrito pela Junta Médica do Detran e da condição de motorista.

Afirma que a legislação tributária que dispõe sobre a outorga de isenção deve ser interpretada em seu sentido literal, de modo que não comporta extensão.

Pugna pelo provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de Agravo Regimental interposto contra a decisão em que se deferiu liminar em mandado de segurança, autorizando a isenção de ICMS para a aquisição de veículo automotor novo ao impetrante, deficiente físico, não condutor.

Por meio do presente regimental a parte agravante não apresentou razões suficientes que pudessem ensejar a reconsideração da decisão agravada. Assim, reporto-me aos mesmos fundamentos que culminaram naquele *decisum*, adotando-os como razões de decidir:

> Como é cediço, para o deferimento da liminar, necessário se faz que o impetrante demonstre, a um só tempo, a presença dos dois requisitos ensejadores da medida, quais sejam: o relevante fundamento da demanda (fumus boni iuris) e o justificado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora), de modo que a providência meritória postulada, acaso não concedida initio litis, o exponha a alguma espécie de prejuízo grave.
>
> Conforme se extrai dos autos, por ser portador de deficiência física, o impetrante pleiteou na esfera administrativa a obtenção de isenção de ICMS devido sobre a saída de veículo automotor, destinado ao uso do adquirente impossibilitado de utilizar modelo comum (processo n. 11/034902/2008). Em resposta, o impetrante teve o pedido negado sob o fundamento de não se enquadrar na exigência legal sobre a condução exclusiva do veículo pelo deficiente e não por terceiro.
>
> Tenho que se fazem presentes os pressupostos para a concessão da liminar, nos moldes do art. 7º da Lei n. 1.533/51.
>
> No caso em apreço, à luz do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III) torna-se imperativo ao Poder Público assegurar a aplicação da lei de isenção de encargos fiscais na aquisição de veículo automotor, em conformidade com os fim social colimado pelo legislador, estendendo seus efeitos ao deficiente físico desprovido de capacidade para dirigir, mas que necessite de locomoção para acompanhamento e tratamento médico.
>
> Nos termos do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.
>
> Nesse contexto, a restrição imposta pela autoridade coatora, no sentido de impedir a concessão de benefício fiscal, simplesmente pelo fato de o veículo ser conduzido por terceira pessoa, não traduz a finalidade pela qual a isenção é concebida, mormente quando comprovada a necessidade de utilização do veículo para uso próprio do deficiente.
>
> Impende consignar que na esfera federal a interpretação que se confere à Lei n. 8.989/95 autoriza a aquisição de veículo com isenção de IPI pelo requerente, portador de deficiência, ainda que a utilização se faça por terceira pessoa, por ele autorizada. Seguindo esse entendimento, o Fisco concedeu ao impetrante autorização de isenção do IPI (processo n. 14112.000206/2008-42, f. 32), com validade a expirar no dia 03.12.08.
>
> O mesmo benefício empregado na legislação federal é passível de ser estendido à legislação estadual que não contém a mesma restrição no que tange à utilização exclusiva do veículo pelo deficiente.

A circunstância de que o veículo seja conduzido por terceira pessoa, que não o portador de deficiência física, não constitui óbice razoável à obtenção da isenção preconizada pelo Decreto Estadual n. 12.299/2007. A restrição imposta pela autoridade coatora esvazia a finalidade da norma quanto à inclusão social dos portadores de deficiência criando obstáculo inaceitável à convivência social igualitária que deve ser assegurada ao indivíduo portador de deficiência ou necessidades especiais.

Ora se a legislação permite ao deficiente físico privado parcialmente de suas atividades motoras a obter isenção fiscal, não faz sentido negar o mesmo direito ao deficiente que sofre total limitação física e mental se o fim buscado com a aquisição do veículo é o mesmo, ou seja, locomoção para realização de tratamentos médico especializado.

O fumus boni iuris se perfaz nos autos em vista do contexto ora delineado e dos documentos que atestam a deficiência física do impetrante e sua necessidade de locomoção para dar continuidade ao tratamento de saúde ao qual se submete.

O estado de saúde do impetrante e a dependência exclusiva da esposa e filhos é constatado inclusive pela sentença de interdição concedida em juízo após a constatação do estado de "coma profundo" do interditando (f. 27-28).

A proximidade do vencimento do prazo da autorização de isenção do IPI, obtida pelo impetrante, reforça o periculum in mora quanto à obtenção da liminar tendente à suspensão do ato coator que obsta a concessão do benefício fiscal relativo ao imposto estadual.

Presente também o risco de lesão grave que se revela não apenas na dificuldade de locomoção do impetrante, que por ora se faz através de um veículo inapropriado, como também se faz incidir na esfera patrimonial do impetrante que se encontra na iminência de perder a autorização de benefício do IPI, por força da proximidade do término do seu prazo de validade.

Sobre o assunto:

MANDADO DE SEGURANÇA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONCESSÃO DE LIMINAR PARA ISENTAR CONTRIBUINTE PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS DE PAGAMENTO DE ICMS NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Estando presentes os requisitos específicos para a concessão de liminar, em Mandado de Segurança, ou seja, o fumus boni juris e o periculum in mora, não se há de cogitar de sua reforma, máxime tratando-se de ato administrativo que nega direito à isenção de ICMS na aquisição de veículo adaptado às necessidades especiais do impetrante. (Ag n. 2005.018754-1, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 1.4.06).

Em razão do exposto, presentes os requisitos legais, defiro o pedido liminar, para o fim de determinar à autoridade impetrada que autorize ao impetrante a isenção do ICMS para aquisição de veículo automotor novo para deficiente físico, não condutor.

Com efeito, não vislumbrando razões para modificar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a com supedâneo na ocorrência dos requisitos que autorizam a concessão da medida liminar pleiteada no *mandamus*.

Em razão do exposto, nego provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

EM VOTAÇÃO UNÂNIME, NEGARAM PROVIMENTO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Luiz Carlos Santini, Atapoã da Costa Feliz e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 27 de abril de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2006.014425-2 - Paranaíba
## Primeira Turma Cível
## Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – AGRAVO RETIDO – DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA – INTERPOSIÇÃO DE FORMA ORAL E IMEDIATAMENTE – ART. 523 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO NÃO CONHECIDO – CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL - PRECLUSÃO – PRELIMINAR REJEITADA - NOTAS PROMISSÓRIAS – INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DA ALEGADA QUITAÇÃO, ILICITUDE OU MESMO INEXISTÊNCIA DO NEGÓCIO SUBJACENTE – ÔNUS QUE COMPETE À EMBARGANTE – ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

As decisões proferidas em audiência são impugnadas por meio de agravo retido interposto de forma oral e imediatamente (art. 523, do Código de Processo Civil), razão pela qual é inadmissível o agravo retido interposto posteriormente à audiência, ainda que dentro do prazo de 10 (dez) dias.

Se contra o indeferimento do pedido de prova pericial a parte não interpôs o recurso próprio, não pode discutir a questão em sede de apelo, tendo em vista que o ato ficou acobertado pelo manto da preclusão.

Não se desincumbindo a embargante do ônus da prova acerca da alegada quitação, ilicitude ou mesmo inexistência do negócio subjacente, deve a sentença de improcedência ser confirmada em todos os seus termos.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de abril de 2009.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Shirlei Rosana Vieira, não se conformando com a sentença que rejeitou os embargos monitórios opostos nos autos da ação monitória que lhe move Selma Elaine Casassola Morelli, interpõe o presente recurso, pedindo, inicialmente, a apreciação do agravo retido interposto às f. 124-129, contra a decisão que negou a produção de prova pericial consistente na degravação de fitas magnéticas ou CD em que foi gravada a confissão do marido da apelada isentando-a de qualquer obrigação financeira ou moral sobre o débito cobrado.

Em sede preliminar, ao fundamento de que houve cerceamento de defesa, diz a apelante que o juízo *a quo* não poderia ter indeferido a perícia solicitada, pois ao assim agir tolheu o direito de provar que não é devedora da quantia exigida, tampouco responsável por ela.

No mérito, sustenta que: diante da prova testemunhal colhida, ficou demonstrado que não é devedora das promissórias; o marido da apelada tinha pleno conhecimento de que o Sr. Geraldo Ferreira tão-somente utilizava o nome da ora recorrente, por não possuir requisitos exigíveis para a abertura de cadastro junto ao estabelecimento da autora; tudo ficaria mais bem elucidado se o juiz tivesse permitido a degravação das fitas magnéticas ou CD, pois nestas o Sr. Marcos Morelli confessa que a ora apelante não é responsável pela dívida, simplesmente porque seu genro deve para a sua empresa e recusa-se a pagar; há inúmeros julgados permitindo a utilização de conversas telefônicas como meio idôneo de prova, bastando, para tanto, que a gravação seja feita por um dos interlocutores; é inconteste que a apelada usou títulos que não correspondem à responsabilidade da apelante, pois dizem respeito a negócio praticado entre ela e o Sr. Geraldo Ferreira, o que, aliás, já foram totalmente pagos ou estão sendo liquidados através da prestação de serviços.

Ao final, pugna pelo acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, acaso não seja o agravo retido provido, ou, no mérito, na hipótese de eventual rejeição da prefacial, bate-se pela reforma da sentença para que sejam julgados inteiramente procedentes os embargos monitórios.

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões às f. 236-250, nas quais propugna pelo não conhecimento do agravo retido, em razão de sua intempestividade, bem como pela rejeição da preliminar suscitada e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por Shirlei Rosana Vieira contra a sentença que rejeitou os embargos monitórios por ela opostos nos autos da ação monitória que lhe move Selma Elaine Casassola Morelli.

Agravo Retido:

Inicialmente, postula a apelante o conhecimento e provimento do agravo retido interposto às f. 124-129, contra a decisão que indeferiu, na audiência de instrução e julgamento que se realizou no dia 9 de fevereiro de 2006 (vide termo de f. 108), o pedido de degravação de fitas magnéticas ou CD em que foi gravada a confissão do marido da apelada isentando-a de qualquer obrigação financeira ou moral sobre o débito cobrado.

A agravante, no entanto, manejou o recurso 08 (oito) dias depois da audiência, em 17 de fevereiro de 2006, inobservando, assim, a nova regra do § 3º, artigo 523, do Código de Processo Civil, trazida pela Lei n. 11.187/05, que entrou em vigor no dia 18/01/2006, *verbis*:

> Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

Sobre o tema, ensina o eminente processualista Humberto Theodoro Júnior:

> Na atual sistemática do § 3º do art. 523 (com redação da Lei n. 11.287/2005), o agravo oral tornou-se impositivo (não é mais opção da parte). As decisões interlocutórias pronunciadas durante a audiência de instrução e julgamento somente podem ser atacadas por meio de agravo retido e mediante manifestação durante a própria audiência. A parte prejudicada tem de agravar imediatamente, e o recurso deverá constar do termo a que alude o art. 457. Oralmente, ainda, são deduzidas pelo recorrente, de maneira sucinta, as razões do agravo, que também figurarão no termo da audiência. A falta do agravo oral imediato torna preclusa a matéria decidida pelo juiz durante a audiência, pois a parte não contará mais com a oportunidade para recorrer por petição escrita nos dez dias subseqüentes (As Novas Reformas do Código de Processo Civil, Forense, 2006. p. 74).

Verifica-se, portanto, que a matéria impugnada através do agravo foi atingida pela preclusão, sendo, por isso, intempestivo, eis que interposto a destempo.

Sendo assim, não conheço do agravo retido.

Preliminar de cerceamento de defesa:

Conforme fiz constar a guisa de relatório, suscita o apelante prefacial de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ao argumento de que o juízo *a quo* não poderia ter indeferido a perícia solicitada, pois ao assim agir tolheu o direito de provar que não é devedora da quantia exigida, tampouco responsável por ela.

Ora, como visto anteriormente, não tendo a parte oportunamente se valido do agravo retido para impugnar a decisão proferida em sede de audiência de instrução e julgamento, entendo estar a matéria preclusa, não havendo que se falar em discussão da mesma no presente momento processual.

Neste sentido já tive oportunidade de ementar:

> APELAÇÃO CÍVEL – AGRAVO RETIDO – NÃO-RECEBIMENTO PELO MAGISTRADO SINGULAR – NÃO-CONHECIMENTO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DA PROVA PERICIAL – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – [...] Se contra o indeferimento do pedido de prova pericial a parte não interpôs o recurso próprio, não pode discutir a questão em sede de apelo, tendo em vista que o ato ficou acobertado pelo manto da preclusão. [...] (TJMS, AC Ordinário n. 2003.012628-7/0000-00, Três Lagoas, Primeira Turma Cível, julgado em 20.6.06).

Rejeito, por tais razões, a preliminar suscitada.

Mérito:

Compulsando os autos, extrai-se que a monitória objeto de análise tem como propósito o recebimento de 4 notas promissórias nos valores de R$ 2.804,00 (f. 10), R$ 2.972,00 (f. 11), R$ 3.150,00 (f. 12) e 3.339,00 (f. 13), totalizando R$ 12.265,00. Todas elas, segundo alega a autora, são referentes à compra e venda de combustível no estabelecimento comercial denominado Auto Posto Cacique.

A recorrente, por sua vez, não nega a emissão dos títulos, mas reitera que serviram eles como garantia de dívida referente ao ano de 2000 e devida pelo Sr. Geraldo Ferreira da Silva. Acrescenta que as notas foram quitadas por este e que a apelada não as devolveu, agindo, por conseguinte, em flagrante tentativa de se enriquecer ilicitamente por intermédio do presente pleito.

Ocorre que, a meu sentir, a única prova produzida, qual a seja, a testemunhal, não se prestou para comprovar as alegações da embargante, ora apelante. Ao contrário, ficou demonstrado que várias pessoas abasteciam no posto de combustíveis em nome desta e com sua expressa autorização para tanto, servindo as notas promissórias como garantia do débito, que, pelos elementos dos autos, não foi objeto de quitação.

A propósito, valho-me como razão de decidir da bem lançada sentença recorrida, fundamentada nos seguintes termos:

> [...]
>
> Em segundo lugar, restou devidamente comprovado nos autos que a REQUERIDA-EMBARGANTE realmente emitiu as notas promissórias em tela, referentes à utilização de serviços de abastecimento no estabelecimento EMBARGADO.
>
> Como já salientado, a questão fulcral dos autos é a responsabilização ou não da EMBARGANTE pelo pagamento dos títulos, eis que alega que a dívida é oriunda de serviços prestados a terceiros.
>
> Tal questão se resolve positivamente, eis que a prova oral colhida demonstrou, de maneira nítida, que várias pessoas abasteciam em nome da EMBARGANTE, todas elas sob sua autorização, tanto que emitiu as promissórias em cobrança para garantia do débito.
>
> Se funcionou a REQUERIDA-EMBARGANTE como garante das dívidas com o REQUERIDO-EMBARGADO, emitindo em prol destes títulos de sua lavra, em não tendo havendo quitação há de responder pelo débito que voluntariamente assumiu.
>
> Não há qualquer prova nos autos que autorize o entendimento de ter ocorrido algum vício na emissão dos títulos, sendo que os próprios devedores originários afirmaram ter ocultado da EMBARGANTE que a dívida continuava em aberto.
>
> Tampouco há nos autos provas de que as dívidas representadas pelos títulos se encontram quitadas.
>
> Ora, se a EMBARGANTE autorizou terceiros a se utilizarem dos serviços da EMBARGADA em seu nome, se emitiu títulos para garantia da dívida, e se esta não foi quitada em seu vencimento, não há como se furtar, agora, do seu pagamento" (f. 150-151).

Por outro lado, ainda que as testemunhas tivessem corroborado as alegações esboçadas pela embargante, não seria elas de nenhuma valia, pois não há nos autos indício algum de prova escrita ou qualquer outro documento demonstrando a sustentada quitação ou coisa diversa, incidindo, na espécie, o disposto no art. 401 do Código de Processo Civil, o qual assevera que "*a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados*".

Não se desincumbiu, pois, a embargante do ônus da prova quanto à existência de fato extintivo do direito do autor. O pagamento, a seu turno, faz-se mediante recibo escrito, o qual deve constar o valor, a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, o tempo e o lugar do pagamento e a assinatura do credor ou de seu representante, nos termos preconizados pelos artigos 319 e 320 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

> Art. 319 - o devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto lhe não for dada.
>
> Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO MONITÓRIA - CHEQUE PRESCRITO - EMBARGOS - IMPUGNAÇÃO - REVELIA - MÉRITO - QUITAÇÃO PARCIAL DA DÍVIDA - COMPROVAÇÃO - RECIBO - PROVA TESTEMUNHAL - JUROS. [...]. A prova do pagamento se faz com a apresentação de recibo, sem o que se conclui que o embargante não pagou ou, se pagou, pagou mal, estando, por isso, obrigado a repeti-lo. A prova exclusivamente testemunhal somente é admitida nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados (art. 401 do CPC). [...] (TJDFT, AC n. 20010510024860, Quarta Turma Cível, Rel. Sérgio Bittencourt, julgado em 3.5.04, DJ 24.5.05, p. 162).

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA. [...]. PEDIDO DE OUVIDA DE TESTEMUNHA PARA PROVAR O PAGAMENTO DO DÉBITO. CRÉDITO DE VALOR SUPERIOR AO DÉCUPLO DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE A ÉPOCA DOS FATOS. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO QUE É IMPERTINENTE ANTE O ÓBICE PREVISTO NO ART. 401 DO CPC. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL NOS MOLDES DO ART. 320 DO CC/2002. ÔNUS QUE CABIA A EMBARGANTE/APELANTE, NOS TERMOS DO ART. 333, INCISO II, DO CPC. CORREÇÃO MONETÁRIA. MERA ATUALIZAÇÃO DA MOEDA EM RAZÃO DO DECURSO TEMPORAL. INCIDÊNCIA A PARTIR DO VENCIMENTO DO TÍTULO REPRESENTATIVO DO CRÉDITO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. [...] 2. A prova exclusivamente testemunhal não é admissível para desfazer a presunção de certeza e liquidez do título que deu base ao pedido monitório, quando não há prova documental do alegado crédito e o valor da dívida supera o décuplo do maior salário mínimo vigente no País, conforme preconiza o art. 401 do CC/2002. Ademais, a embargante/apelante deveria guarnecer-se de recibo de pagamento, nos moldes do art. 320 do atual Código Civil, a fim de comprovar de forma cristalina a quitação da dívida, não deixando dúvida sobre o cumprimento da obrigação. 3. [...] (TJPR, AC n. 0399111-7, Sétima Câmara Cível, Marechal Cândido Rondon, Rel. Des. Ruy Francisco Thomaz, Unânime, julgado em 27.3.07).

Com efeito, ausente a prova da quitação, ilicitude ou mesmo inexistência do negócio subjacente, deve a sentença de improcedência dos embargos monitórios deve ser mantida integralmente.

Em face do exposto, nego provimento ao presente recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 14 de abril de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2007.026341-4 - Campo Grande
## Primeira Turma Cível
## Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO - PENHORA – BEM IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OFERECIDO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA – DÍVIDA CONTRAÍDA EM ESTRÍTO BENEFÍCIO DE PESSOA JURÍDICA, DA QUAL NEM SEQUER SÃO SÓCIOS OS EMBARGANTES – IMPENHORABILIDADE – INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 3º, V, DA LEI N. 8.009/90 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – NÃO OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DELINEADOS PELAS ALÍNEAS "A" A "C" DO ART. 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INOCORRÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

A regra da impenhorabilidade deve ser afastada somente se a hipoteca for ofertada para garantir negócio jurídico que tenha se revertido em benefício da unidade familiar, e não quando a dívida é contraída em estrito benefício de pessoa jurídica, da qual nem sequer são sócios os embargantes.

É de ser mantida a condenação em honorários advocatícios que extrapola os critérios delineados pelas alíneas "a" a "c" do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 2 de junho de 2009.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Danone Ltda., não se conformando com a sentença em que se julgou procedente o pedido formulado nos autos dos embargos de terceiro opostos por Gerson Alves de Oliveira e sua mulher Sueli Vieira de Almeida Alves, interpõe o presente recurso de apelação, objetivando a reforma da decisão.

Em suas razões recursais, sustenta a empresa recorrente que a sentença deixou de atender aos princípios básicos de justiça; o ato de entrega do imóvel à hipoteca caracteriza renúncia ao direito de impenhorabilidade; o fundamento de que os apelados são pessoas simples e que nunca tiveram participação na empresa do cunhado não tem o condão de afastar o gravame sobre o bem; e, prevalecendo a decisão recorrida, deverão ser reduzidos os honorários advocatícios.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para que, reformando a sentença, seja mantida a penhorabilidade do imóvel, ou, assim não entendendo, seja reduzida a verba honorária.

Intimados, os apelados apresentaram contrarrazões às f. 121-126.

## VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Versam os autos sobre embargos de terceiro opostos por Gerson Alves de Olveira e sua mulher Sueli Vieira de Almeida Alves em desfavor de Danone Ltda., com o desiderato de declarar a impenhorabilidade do imóvel objeto de constrição judicial, com o respectivo levantamento da penhora que sobre ele recaiu.

O magistrado sentenciante julgou procedente o pedido exordial sob o fundamento de ser inaplicável a exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso V, da mencionada lei, visto que a *"[...] a hipoteca não foi constituída para garantir dívida própria dos embargantes, mas sim de empresa da qual sequer são sócios, de modo que não é possível concluir que a dívida garantida pelo ônus real instituído, tenha se revertido de qualquer forma em benefício da família dos embargantes"*.

Insurge-se a embargada contra a referida decisão, que, a meu sentir, é irrepreensível.

O art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, dispõe que a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido para execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.

No entanto, há de se ressaltar que a impenhorabilidade cede somente se a hipoteca for ofertada para garantir negócio jurídico que tenha se revertido em benefício da unidade familiar, o que não é a hipótese dos autos, uma vez que a dívida foi contraída em estrito benefício de pessoa jurídica, da qual nem sequer são sócios os embargantes.

Aliás, sobre o tema já tive oportunidade de decidir em precedente de minha relatoria:

> EMBARGOS À EXECUÇÃO – [...] – PENHORA – BEM IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OFERECIDO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA – DÍVIDA CONTRAÍDA PELA PESSOA JURÍDICA – IMPENHORABILIDADE – INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 3º, V, DA LEI N. 8.009/90 – RECURSO PROVIDO. [...]. É insubsistente a penhora que recai sobre imóvel hipotecado para garantir dívida contraída pela pessoa jurídica, da qual é sócio o titular do bem onde reside sua família (TJMS, AC, Execução, n. 2001.008732-4/0000-00, Naviraí, Primeira Turma Cível, julgado em 16.3.06).

Na mesma linha de raciocínio é a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL QUE SERVE DE RESIDÊNCIA À FAMÍLIA DE SÓCIO DA EMPRESA DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DE EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO PELA PESSOA JURÍDICA. IMPENHORABILIDADE. LEI N. 8.009/90, ART. 3º, V E CC, ART. 20. EXEGESE. I. A exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, não se aplica à hipótese em que a hipoteca foi dada para garantia de empréstimo contraído pela empresa, da qual é sócio o titular do bem, onde reside sua família. II. Inexistência, na espécie, de situação em que a garantia hipotecária foi constituída em benefício da família, e, por isso mesmo, suscetível de penhora, nos termos do referenciado inciso V. III. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp n. 302281/RJ, Quarta Turma, Rel. para o acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 22.3.04, p. 310).

Ao se instituir a impenhorabilidade do imóvel residencial destinado à moradia do devedor e de sua família, a Lei n. 8.009/90 teve como escopo não proteger o devedor, mas sim proteger a unidade familiar, a sobrevivência digna dos dependentes do devedor, mesmo que em detrimento do inadimplemento econômico.

Com efeito, se o imóvel for ofertado em garantia a negócio jurídico contraído pela empresa, ainda que dela sejam sócios os proprietários do bem de família, a garantia da impenhorabilidade não pode ser afastada.

Finalmente, quanto aos honorários advocatícios, melhor sorte não assiste à apelante, pois, a meu sentir, não houve inobservância pelo julgador dos critérios traçados pelas alíneas "a", "b" e "c" do art. 20, §3º, do Código de Processo Civil.

Em face 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. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 2 de junho de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2008.034722-5 - Campo Grande
## Primeira Turma Cível
## Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – IPTU – IGREJA EVANGÉLICA – ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE TEMPLO DE QUALQUER CULTO – ART. 150, INCISO IV, ALÍNEA B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS INSCULPIDOS NO ART. 145 DA LEI MUNICIPAL N. 1.466/79 – DESNECESSIDADE – NORMA CONSTITUCIONAL AMPLA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A imunidade tributária conferida pela norma constitucional aos templos religiosos é ampla, não podendo a Municipalidade impor nenhuma restrição, nem estabelecer requisitos ou condições para a concessão do benefício.

Havendo nos autos prova robusta de que o imóvel sobre o qual incide o IPTU destina-se ao culto, deve ser reconhecida a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, alínea b, da Constituição Federal.

## 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, 2 de junho de 2009.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

O Município de Campo Grande, não se conformando com a sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação anulatória que lhe move a Igreja Evangélica Assembléia de Deus de Mato Grosso, interpõe o presente recurso, objetivando a sua reforma.

Em suas razões recursais, sustenta o recorrente que o julgador prolatou decisão totalmente divorciada da realidade dos fatos e documentos que instrui o processo. Acrescenta que a apelada não cumpriu com os requisitos do art. 145, da Lei n. 1466/79, que institui o Código Tributário Nacional.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença recorrida, mantendo-se os débitos tributários constituídos.

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões às f. 124-129.

## VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta pelo Município de Campo Grande nos autos da ação anulatória que lhe move a Igreja Evangélica Assembléia de Deus de Mato Grosso.

Ao fundamento de que goza da imunidade prevista no art. 150, inciso IV, alínea "b", da Constituição Federal, pleiteou a autora a anulação do lançamento do IPTU referente aos exercícios de 2004 a 2007 do imóvel localizado à Rua Ouro Verde, n° 473, Jardim Marcos Roberto, na cidade de Campo Grande, o que foi acolhido pelo julgador sentenciante.

A meu sentir, a decisão recorrida deve ser mantida em todos os seus termos.

A Constituição Federal, ao conceder imunidade tributária aos templos de qualquer culto, o fez de forma ampla, não impondo qualquer restrição, nem estabelecendo requisitos ou condições para a concessão do benefício.

Deve ser observado que o mesmo dispositivo constitucional, ao tratar, na alínea "c", da imunidade tributária concedida sobre o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, exige o atendimento aos requisitos da lei.

Com efeito, ao se exigir das entidades previstas na alínea "c" o atendimento de requisitos previstos em lei, e não mencionar essa exigência ao tratar dos templos de qualquer culto, previstos na alínea "b", a intenção do legislador constituinte foi assegurar de forma ampla e incondicionada a imunidade tributária às instituições religiosas.

A propósito, leciona Hugo de Brito Machado:

> Nenhum imposto incide sobre os templos de qualquer culto. Templo não significa apenas a edificação, mas tudo quanto seja ligado ao exercício da atividade religiosa. Não pode haver impostos sobre missas, batizados ou qualquer outro ato religioso. Nem sobre qualquer bem que esteja a serviço do culto. Mas pode incidir imposto sobre bens pertencentes à Igreja, desde que não sejam instrumentos desta. Prédios alugados, por exemplo, assim como os respectivos rendimentos, podem ser tributados. Não a casa paroquial, ou o convento, ou qualquer outro edifício utilizado para atividades religiosas, ou para residência dos religiosos.
>
> Nenhum requisito pode a lei estabelecer. Basta que se trate de culto religioso" (In Curso de direito tributário, Malheiros, 7ª edição, 1993, página 189) (grifo não original).

Igualmente é o escólio de Bernardo Ribeiro de Moraes:

> A imunidade tributária consagrada é objetiva, e incondicionada, sendo corolário do princípio constitucional do 'livre exercício' dos cultos religiosos (In Imunidades Tributárias, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, RT, p. 126).

Contudo, impõe-se destacar que, embora a Constituição Federal não imponha condições para a concessão de imunidade tributária, deve-se perquirir se O imóvel está ligado aos fins institucionais do templo religioso, ou seja, à prática do culto.

Referente ao tema, trago à colação o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

> A imunidade prevista no art. 150,VI, b, da Constituição abrange os prédios destinados ao culto, o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades mencionadas. Precedente. 2. Agravo regimental improvido. (STF, Ag n. 389602, AgR-AgR/PR, Segunda Turma, Relª. Minª. Ellen Gracie, julgado em 22.3.05).

*In casu*, a fotografia de f. 19, a qual se pode perceber a estrutura do imóvel em questão, demonstra que a construção apresenta características físicas de local destinado a cultos. Também, de acrescer que a certidão acostada às f. 93-V corrobora a assertiva acima, pois foi constado pelo Sr. Oficial de Justiça que no "[...] terreno está edificado um templo religioso com o nome (Igreja Evangélica Assembléia de Deus de Mato Grosso)", e que nele são realizados cultos semanais às terças, quintas, sábado e domingo, segundo informações prestadas pelo morador Luis Pinheiro Barbosa.

Desse modo, se o conjunto probatório dos autos está a evidenciar a aplicação do imóvel objeto de tributação pelo Município às atividades de instituição religiosa, a concessão da imunidade pleiteada é medida de rigor.

Em face do exposto, nego provimento ao presente recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 2 de junho de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2005.000533-5 - Três Lagoas
## Quinta Turma Cível
## Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA SOBRE IMÓVEL GRAVADO COM USUFRUTO VITALÍCIO – POSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A existência de usufruto vitalício não impede a penhora de bem imóvel. A constrição não recai sobre o direito de usufruto, mas, sim, sobre a nua propriedade.

## 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, 14 de maio de 2009.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Trata-se de apelação interposta por Lázaro Ferreira Dutra, em razão da sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, a qual rejeitou os embargos de terceiro opostos em face de BB Financeira S.A.

Pretende com o apelo, a reforma da sentença e a retirada da penhora constante à f. 12, incidente sobre o bem imóvel descrito na exordial.

Aduz que o seu interesse processual advém da condição de usufrutuário, qualidade que não se extinguiu em decorrência da morte de sua esposa - Aparecida Ana Queiroz Dutra.

Alega que a terra em questão não pode ser penhorada em razão do condomínio existente, ou seja, os três nus-proprietários (seus filhos, os quais receberam o bem, ora penhorado, em doação), e um usufrutuário (o embargante), sendo que tal área não pode ser fracionada, sob pena de prejuízo aos demais condôminos.

O recorrido ofertou contrarrazões às f. 70-72.

## VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Lázaro Ferreira Dutra, em razão da sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, a qual rejeitou os embargos de terceiro opostos em face de BB Financeira S.A.

Porque presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

A sentença singela não merece reparos.

A questão nodal trata da penhora recaída sobre bem imóvel nos autos de execução n. 021.00.030189-6, ajuizada em face de Aparecida Ana Queiroz Dutra, hoje, por seu espólio e Lázaro Ferreira Dutra Júnior, na condição de fiador.

Ocorre que o imóvel penhorado, inicialmente era de propriedade do apelante e de sua esposa, e doados aos filhos com o gravame do usufruto vitalício (f. 14), em favor do casal.

O embargante, objetiva, na qualidade de usufrutuário a reforma da decisão, com a desconstituição da penhora sobre o imóvel descrito à f.12.

Em preliminar, devo esclarecer que, embora em suas razões recursais o apelante confunda interesse familiar com interesse processual, é incontroversa a sua legitimidade em demandar no feito, pois na qualidade de usufrutuário ele possui interesse processual na lide.

Passo à análise do mérito

O apelante aduz que a magistrada não poderia atribuir a Lázaro Ferreira Dutra Júnior a condição de devedor principal (executado), pois este seria fiador nos autos da ação de execução. Tenho pra mim que tais questões aventadas em nada influenciarão no deslinde destes embargos de terceiro, no qual está sendo questionada a legalidade da penhora realizada em bem com gravame de usufruto. Questões outras poderão ser debatidas e decididas nos autos principais ou ainda, em embargos do devedor.

Transcrevo excerto do *decisum* impugnado (f. 51)

> [...]
>
> No entanto, o executado é o nu- proprietário do imóvel e, portanto, a penhora recai sobre o seu direito de propriedade, sendo o fato perfeitamente possível no mundo jurídico, posto que o nu-proprietário tem o direito de dispor da coisa, podendo assim o imóvel ser penhorado e alienado em hasta pública, incidindo porém sobre ele o direito real do usufruto até que venha a extinguir-se.
>
> [...]

Argumenta também que a constrição legal efetivou-se em área condominial, e que o bem penhorado por ser gravado com a cláusula de usufruto vitalício é impenhorável. Desta feita, pretende o embargante o afastamento da medida judicial determinada nos autos da ação executiva aforada.

De ressaltar-se que, *in casu,* a constrição não recaiu sobre o direito de usufruto do embargante, que é vitalício e até o momento não foi extinto, o que ocorreu no caso vertente foi a penhora sobre a nua propriedade dos executados na ação principal, permanecendo intacto o direito de usufruto de Lázaro Ferreira Dutra.

Fortalecendo tal entendimento, há precedentes no STJ e em nossos Tribunais Pátrios:

> DIREITO CIVIL. SOBRE PENHORA DE IMÓVEL, GRAVADO COM USUFRUTO VITALÍCIO. POSSIBILIDADE.
>
> - Da interpretação conjunta dos arts. 524 e 713 do CC/16, fica evidente a opção do legislador pátrio em permitir a cisão, mesmo que temporária, dos direitos inerentes à: de um lado o direito de uso e gozo pelo usufrutuário, e de outro o direito de disposição e seqüela pelo nu-proprietário.
>
> - pode ser objeto de penhora e alienação em hasta pública, ficando ressalvado o direito real de usufruto, inclusive após a arrematação ou a adjudicação, até que haja sua extinção.
>
> Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 925687/DF, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 17.9.07).
>
> 65422013 - PENHORA. INCIDÊNCIA SOBRE PARTE IDEAL DA NUA-PROPRIEDADE. Existência de usufruto vitalício não impede a penhora. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ag n. 7321079-8, Ac. 3531918, Birigui, Décima Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rubens Cury, julgado em 10.3.09, DJSP 15.4.09).
>
> 21121924 - PENHORA SOBRE BEM GRAVADO COM USUFRUTO VITALÍCIO. Em se tratando de penhora sobre bem gravado com usufruto, esta recai apenas sobre a nua propriedade. (TRT, Segunda Região, Ag n. 00883-2008-443-02-00-3, Ac. 2009/0259046, Terceira Turma, Relª Desª Fed. Maria de Lourdes Antonio, DOESP 17.4.09, p. 82).

No que diz respeito à impossibilidade de fracionamento em área condominial, ou que tal divisão poderia causar prejuízo aos demais condôminos, tais assertivas devem ser rechaçadas. Ora, a circunstância de o imóvel estar em condomínio não impede que a penhora recaia sobre parte do bem, o que no caso vertente perfaz 1/3 do imóvel, significa dizer que somente tal fração é que será excutida, transferindo-se ao adquirente a mesma situação em que se encontrava o proprietário anterior.

Veja-se:

> 61820392 - APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE DEVEDOR. PENHORA SOBRE NUA PROPRIEDADE DE IMÓVEL GRAVADO COM USUFRUTO VITALÍCIO. POSSIBILIDADE. BEM EM CONDOMÍNIO. CONSTRIÇÃO DE PARTE IDEAL. VIABILIDADE. 1- A nua propriedade pode ser objeto de penhora e alienação em hasta pública, ficando ressalvado o direito real de usufruto, inclusive após a arrematação ou a adjudicação, até que haja sua extinção. 2- A circunstância de o imóvel estar em condomínio não impede que a penhora recaia sobre sua parte ideal, porque somente uma fração do todo, abstrata e formalmente atribuída ao executado, é que será excutida, transferindo-se ao adquirente a mesma situação em que se encontrava o proprietário anterior. Por outro lado, se a constrição da fração ideal do imóvel prejudica aos demais condôminos, é a eles que cabe o direito de defesa de seus interesses, porquanto, como sabido, é vedado pelo ordenamento jurídico pleitear-se em nome próprio direito de terceiro. Recurso improvido. Unânime. (TJRS, AC n. 70015992068, Garibaldi, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, julgado em 26.3.09, DOERS 2.4.09, p. 81).

Aduz ao final, que a simples ausência da condição de usufrutuário do bem no edital de praça não se trata de mera irregularidade

Ante o exposto, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo na íntegra a sentença combatida.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 14 de maio de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2005.011399-3 - Campo Grande
## Quinta Turma Cível
## Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

E M E N T A – APELAÇÃO CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PRISÃO DE SUSPEITO DE CRIME – CONDUTA POLICIAL – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – CONVITE DO SUSPEITO – INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR – RECURSO IMPROVIDO.

A atividade policial envolve atribuições que exigem uma conduta firme e objetiva, pois envolve a segurança dos policiais e dos demais cidadãos, ainda mais no caso de operação de prisão de suspeito de crime, sem que isso leve ao dever de indenizar.

Se o morador ou hóspede de uma residência faculta a entrada dos policiais, não há falar em caracterização da violação de domicílio constitucionalmente vedada.

## 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, 21 de maio de 2009.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Francisca Maria de Souza, Atenalva Dias Pinto e Carlos Alberto Rodrigues de Souza interpuseram ação de indenização por danos materiais e morais em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul em razão da atividade policial que foi realizada em seu local de trabalho, que também é sua residência, a qual teria sido abusiva e autoritária e assim ensejaria a reparação por danos materiais e morais.

Disseram os recorrentes, em suma, que a ação estatal se deu em razão de Francisca abrigar indivíduo suspeito de crime, elemento esse que já tinha sido outrora absolvido pelo juízo da 3ª Vara Criminal.

Julgada improcedente foi tirada apelação que pugnou pela reforma da sentença, sob argumento de que as buscas empreendidas deram-se sem mandado e em local onde não era a casa do suposto criminoso.

Ofertaram-se contrarrazões em f. 289-296. Parecer do Ministério Público em f. 309-311.

## VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Francisca Maria de Souza, Atenalva Dias Pinto e Carlos Alberto Rodrigues de Souza, quem interpuseram ação de indenização por danos materiais e morais em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, baseada em atividade policial supostamente abusiva e autoritária que foi realizada em seu local de trabalho.

Na apelação, pugnaram pela reforma da sentença, sob argumento de que as buscas empreendidas se deram sem mandado em local onde não era casa do suposto criminoso.

Tenho que a sentença não merece reforma.

Oportuna, para o início da análise do caso posto, a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello[1], quem ensina que, para se concluir pelo dever de indenizar, primeiramente devem ser diferenciados os casos em que a atividade do Estado decorre de um poder que autoriza o sacrifício de terceiros daqueles em que a privação do particular não adveio obrigatoriamente da conduta estatal. Diz o Mestre:

> Entendemos necessário discernir, e sacar para fora do campo da responsabilidade, apenas os caos em que o Direito confere à Administração poder jurídico diretamente preordenado ao sacrifício do direito de outrem. Diversamente, consideramos inclusos no tema responsabilidade os casos em que uma atividade lícita do Estado, orientada para certo fim não necessariamente entrechocante com o direito de outrem, vem, todavia, a compor situação na qual este resulta transgredido, como consequência mediata do comportamento estatal lícito.

A hipótese em tela, que versa acerca da atividade policial de busca e apreensão de suspeito de delito, entendo classificar-se dentre aqueles atos que se excluem do campo da responsabilidade, pois se trata de atribuição constitucionalmente instituída, conforme o artigo 144, § 4º, CF.

Com efeito, conforme se verifica nos autos, os fatos narrados pelos apelantes e que reclamariam indenização simplesmente são parte da atividade cotidiana e natural da polícia, instituição que, por tratar diretamente com indivíduos da mais alta periculosidade, como é o elemento que a apelante Francisca abrigava em sua casa, não pode abrir mão de uma conduta firme e impositiva.

Em que pese que o mencionado hóspede, a despeito de ter sido em outro tempo absolvido de uma acusação criminal, era indivíduo envolvido com práticas delitivas da maior gravidade, tanto que foi condenado pela Justiça Federal pelo assalto a um avião-pagador cuja conduta foi aparelhada com armas de "*potencial destruidor colossal*" (f. 197), o que mais do que sugerir autoriza o emprego por parte das autoridades policiais de uma conduta firme e sem vacilo.

E assim sendo, não há falar em lesão em direito dos apelantes se inexiste a conduta abusiva mencionada, pois resta evidente que os policiais atuaram no exercício do cumprimento do seu dever legal.

Outrossim, conforme se depreende dos autos, Francisca hospedava em sua casa um elemento que sabidamente tinha envolvimento com crimes, o que a faz, por si só e como bem colocou a sentença objurgada, uma pessoa passível de ser procurada e convocada pela polícia para prestar explicações.

E nem se diga, como foi mencionado na peça recursal, que os policiais teriam invadido o domicílio da apelante Francisca, visto que no seu depoimento pessoal ela mesma asseverou expressamente que os policiais *"na minha residência, na*

1 **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 986.

*minha casa, eles não entraram"*, o que coloca por terra qualquer pretensão indenizatória decorrente da alegação de violação de domicílio sem mandado judicial.

E ainda que assim não fosse, conforme se apurou durante a instrução criminal, o hóspede da referida recorrente, Marcelo Ribeiro, autorizou os policiais que o interceptaram na rua a adentrar o imóvel onde estaria alojado (f. 165-170), o que também faz imprestável a arguição de ofensa à inviolabilidade de domicílio, como já foi entendido pelos tribunais. Confira-se:

> PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. GUARDA DE MOEDA FALSA. DEFICIÊNCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XI, DA CF/1988. INOCORRÊNCIA. TESTEMUNHOS EXCUSIVAMENTE DE POLICIAIS. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE FORJADO NÃO CONFIGURADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SENTENÇA MANTIDA.
>
> I. "A deficiência da denúncia que não impede a compreensão da acusação nela formulada não enseja a nulidade do processo" (RT 608/455).
>
> II. O acesso ao interior da residência, com autorização do morador, não consubstancia violação ilegal de domicílio. Ademais, o réu foi preso em flagrante delito.
>
> III. O testemunho exclusivo de policiais é suficiente para a condenação, desde que em harmonia com o conjunto probatório. Precedentes.
>
> IV. Cabe ao réu demonstrar a ocorrência de flagrante forjado, não sendo suficiente apenas a mera alegação (art. 156 do CPP).
>
> V. Autoria e materialidade demonstradas. VI. Recurso conhecido e improvido.(TRF Primeira Região, ACr n. 200438020028111, MG, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Carlos Olavo, DJ 7.6.05).

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. Sideni Soncini Pimentel.

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, 21 de maio de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2009.000879-7 - Campo Grande
## Quinta Turma Cível
## Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA – PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA – OFENSA AO DISPOSTO NO ART 82, § 1º, DO CTN – INEXISTÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DA VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL – ÔNUS QUE COMPETE AO MUNICÍPIO – NULIDADE DO LANÇAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de maio de 2009

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Cuidam estes autos de Apelação Cível interposta pelo Município de Campo Grande (MS) (f. 62-69) contra sentença proferida em Embargos à Execução Fiscal em 23.10.08 (f. 52-58).

Inicialmente, o Município de Campo Grande (MS) propôs Ação de Execução Fiscal em face de Rosinei Miranda, objetivando o recebimento da quantia de R$ 1.827,71 (mil oitocentos e vinte e sete reais e setenta e um centavos) referente à Contribuição de Melhorias lançado sobre o imóvel de sua propriedade, localizado no lote n. 18, quadra 12, do loteamento Santa Carmélia, nesta capital, inscrito no Cadastro Imobiliário Municipal sob o n. 176010018-4, em função da realização de pavimentação asfáltica realizada no exercício de 2000 a 2001.

Por conseguinte, a parte interpôs Embargos à Ação de Execução Fiscal pretendendo a anulação da tal Contribuição de Melhoria, argumentando a sua ilegalidade uma vez que não teria obedecido aos requisitos estabelecidos nos artigos 81 e 82 do CTN, já que o critério de cobrança inobservou a valorização individual efetiva do imóvel e sim a utilização solitária da metragem de testada do imóvel, além do fato de o embargante não ter sido notificado acerca dos elementos que integram o cálculo. Ao final, pugnou pela procedência de seu pedido a fim de anular o tributo incidente sobre o seu imóvel (f. 7-23).

Em impugnação aos Embargos (f. 33-38), o Município de Campo Grande (MS) assevera que a cobrança do tributo foi apurada de forma legal, em obediência à legislação tributária. Assevera ainda que não

houve lançamento com base no custo da obra ou conforme plano de rateio de custo, e sim de acordo com a valorização do imóvel, sendo o mesmo feito de ofício (f. 39-43). Ao final, pugnou pela improcedência do pedido.

A embargante se manifestou acerca da impugnação, reiterando os termos da petição inicial e pugnando pela procedência do seu pedido, enquanto o Município, mesmo devidamente intimado, quedou-se silente (f. 51). Sem custas recolhidas, por ser a embargante beneficiária da justiça gratuita, os autos foram conclusos para a prolação da sentença.

Diante do exposto, o pedido formulado nos Embargos à Execução Fiscal em face do Município de Campo Grande por Rosinei Miranda foi julgado procedente, uma vez que eivada de nulidade a Contribuição de Melhoria, visto ferir de morte o princípio que rege o tributo, pois o requerido cobra a contribuição de melhoria ignorando o benefício obtido pelo contribuinte.

A sentença, deste modo, declarou a nulidade da CDA por conter lançamento ilegal de contribuição de melhoria sobre o imóvel do embargante, extinguindo o processo com resolução de mérito, a teor do art. 269, inc. I, do CPC.

Condenou também o Município de Campo Grande (MS) ao pagamento de honorários advocatícios em R$ 300,00 (trezentos reais) com base no art. 20, § 4º, do CPC, devendo ser depositados no FUNADEP (f. 57).

Inconformado com a sentença que julgou improcedente a impugnação aos Embargos à Execução Fiscal, o Município de Campo Grande (MS) apelou e requer o conhecimento do presente recurso de apelação e o seu total provimento, visando à reforma da sentença prolatada pelo Exmo. Juiz da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Municipal.

Contrarrazões nas f. 73-77.

## VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de recurso interposto pelo Município de Campo Grande (MS) (f. 62-70) contra sentença da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Municipal inconformado com a decisão (f. 52-58), que não acolheu a impugnação aos Embargos à Execução Fiscal opostos por Rosinei Miranda, requerendo a reforma da decisão, declarando a existência e validade do tributo fiscal e compelindo o embargante a quitar os débitos referentes às Contribuições de Melhoria em função de pavimentação asfáltica promovida pelo Município no exercício 2000 a 2001, uma vez que foi apurada de forma legal, em obediência à legislação tributária, já que não houve lançamento com base no custo da obra ou conforme plano de rateio e sim de acordo com a valorização individual efetiva do imóvel, realizada *ex officio*.

O cerne da questão cinge em saber se a cobrança de contribuição de melhoria efetivada pelo requerido está correta ou padece de ilegalidade, uma vez que ela somente será possível, desde que satisfeitos os requisitos legais uma vez que o Direito Tributário é regido pelo princípio da estrita legalidade. Desta forma, para haver cobrança de contribuição de melhoria pelo Município, deve este realizar a construção de uma obra pública que cause a valorização do imóvel do contribuinte.

O lançamento da contribuição de melhoria é realizado de ofício pelo requerido, contanto, antes de realizá-lo, deve o sujeito ativo cumprir alguns requisitos, quais sejam:

> 1. Publicar no edital de acordo com o art. 82 do CTN;
>
> 2. Apurar o quantum da valorização do imóvel do contribuinte seja através de processo administrativo, seja por arbitramento, posto que o valor da contribuição de melhoria não pode ser superior ao valor do acréscimo do valor do imóvel, nem o total das contribuições arrecadadas pode superar o custo da obra.

Extrai-se dos autos que o requerido publica o edital, mas calcula incorretamente o valor do tributo, visto que, de acordo com os documentos de f. 42, está claro que o valor do tributo foi calculado multiplicando o custo do metro linear do asfalto pela medida da testada do imóvel do embargante, ficando claro que há nulidade da contribuição de melhoria, uma vez que não atendeu aos requisitos de validade sendo que o seu lançamento deve ser precedido de processo específico.

Por oportuno:

> CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA. VALOR DO CUSTO DA OBRA. RATEIO ENTRE O SCONTRIBUINTES EM PROPORÇÃO À TESTADA DE CADA IMÓVEL. INSUFICIÊNCIA PARA COBRANÇA. NÃO COMPROVAÇÃO DA MAIS VALIA. INSTITUIÇÃO E CRITÉRIO DE CÁLCULO INADMISSÍVEL. ILEGALIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, CAPUT, CPC. NEGADO SEGUIMENTO DO RECURSO. A valorização do imóvel é fato gerador e elemento necessário para a cobrança da contribuição de melhoria [...] (TJPR, AC n. 050857-1, Cianorte, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Roberto Vasconcelos, DJPR 24.7.08, p. 22).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA. OFENSA AO DISPOSTO NO ART 82 ,§ 2º, DO CTN. INEXISTÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DA VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL. ÔNUS QUE COMPETE AO MUNICÍPIO. Fator individual de valorização que deve ser levado em conta para calcular o tributo. Ilegalidade da cobrança. Sentença mantida. Recurso a que se nega seguimento [...] (TJPR, AC n. 0497192-6, Prudentópolis, Terceira Câmara Civel, Rel. Des. Manassés de Albuquerque, DJPR 23.6.08, p. 33).

E, segundo a jurisprudência da Casa:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA. DESOBEDIÊNCIA AO § 1º, ART. 82 DO CTN. NULIDADE DO LANÇAMENTO. RECURSO IMPROVIDO. O lançamento efetuado com a base de cálculo obtida pela multiplicação do custo do metro de asfalto pela testada do imóvel é nulo, porque fere o § 1º do art. 82 do CTN, já que a parcela do custo da obra deve ser rateada entre os imóveis na medida dos respectivos fatores individuais de valorização. (TJMS, AC n. 2008.001190-4/0000-00, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, DJMS 24.3.08, p. 48) (Publicado no DVD Magister n. 20 – Repositório Autorizado do STJ n. 60/2006 e do TST n. 31/2007).

Posto isso, a sentença da lavra do Exmo. Juiz da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Municipal não merece reforma.

Dessa forma, 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. Sideni Soncini Pimentel.

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, 14 de maio de 2009.

***

# Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.010951-2/0001-00 - Paranaíba
## Segunda Turma Cível
## Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – UNIÃO ESTÁVEL – SUCESSÃO – ARTIGO 3º DA LEI N. 8.971/94 – QUALIDADE DE HERDEIRA – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS – DIREITO À METADE DOS BENS DEIXADOS PELO AUTOR DA HERANÇA – NÃO PROVIMENTO.

Deve ser mantida a decisão agravada regimentalmente quando inexistem razões que justifiquem a reforma do julgado.

## 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 regimental.

Campo Grande, 12 de maio de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Meire Lúcia do Nascimento, Eder Carlos Nascimento, Anderson Godói do Nascimento e Lucimeire Aparecida Nascimento interpõem *agravo regimental* (f. 231-7) contra decisão monocrática (f. 221-4) que negou seguimento à apelação interposta em face de Dair Trento Ferreira mantendo-a habilitada a metade da quantia executada.

Afirmam que o Superior Tribunal de Justiça decidiu (REsp 848.998/RS), recentemente, que a indenização por danos morais em face de acidente do trabalho é verba personalíssima e como tal não integra o patrimônio comum do casal, não podendo por isso ser partilhada com a companheira.

Ao final, requerem a reconsideração da decisão ou a apreciação do recurso pelo Colegiado.

## VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

A meu juízo, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos. Eis o seu teor, que ora reafirmo:

## DECISÃO

Ao que se colhe, o ponto nodal da discussão é saber se a apelada, na condição de companheira de Sebastião Carlos do Nascimento, tem direito ou não à metade da quantia exeqüenda, uma vez que o falecido deixou descendentes.

A magistrada singular analisou a questão e com propriedade aplicou o direito à espécie, julgando procedente o pedido exordial. E para não se incorrer em repetição desnecessária, utiliza-se os fundamentos expostos na sentença como razões de decidir[1]:

'O pedido de habilitação em si não encontrou resistência por parte dos Exeqüentes, assim como é incontroversa, posto judicialmente reconhecida, vivia a Requerente em regime de união estável com Sebastião Carlos do Nascimento, desde o ano de 1990. Todavia, insurgem-se em relação ao percentual devido à Requerente, postulando seja igual ao devido a cada um dos herdeiros.

Pois bem. O companheiro da Requerente e pai dos Requeridos faleceu em 12 de setembro de 2000 (cf. doc. f. 96 dos apensos), data em que se deu a abertura da sucessão, aplicando-se, conseqüentemente, as regras de direito material vigentes àquela época.

Naquela época, vigia a regra inserta no art. 3º da Lei n. 8.971, de 29.12.94, segundo a qual o companheiro(a) sobrevivente faz jus à metade dos bens deixados pelo autor da herança, resultado de atividade em que tenha havido a colaboração do(a) companheiro(a). Esta colaboração a que se refere a lei, como já pacificado na jurisprudência de nossos tribunais, não necessita ser efetiva ou econômica, bastando à caracteriza-la o carinho, a amparo moral e afetivo dispensados por um ao outro.

Assim, o fato da Requerente, companheira de Sebastião,ocupar-se das lides do lar enquanto o companheiro se dedicava ao trabalho remunerado, fora do lar comum, é suficiente para a assertiva de que a mesma colaborou, de alguma forma, para que fosse constituído o patrimônio por ele deixado

ISSO POSTO, com fundamento no art. 711 e 713 do CPC, julgo procedente o pedido e declaro NAIR TRENTO FERREIRA habilitada, com direito à metade da totalidade da quantia exeqüenda, objeto da execução nº 018.98.000335-8/001 (autos em apenso).'

Em reforço à tese da sentença singular, ressalte-se que aunião estável gera direitos e obrigações, já que é um fato jurídico, e, como tal, deve ser amparada pela proteção estatal.

E, diante dos argumentos lançados nas razões recursais, convém distinguir sucessão de meação. Esta última refere-se ao regime de bens representa a metade da massa patrimonial de um casal que contrai matrimônio (exceto no regime da separação total de bens) ou passa a viver em união estável (salvo afirmação em sentido contrário no pacto de união estável).

A meação não se adquire com o falecimento de um dos membros do casal, ela existe a partir do momento em que há bens em comum representando a metade do patrimônio.

A sucessão, no entanto, independe do regime de bens. É deferida ao cônjuge ou companheiro por sua condição de consorte. Na meação, os bens pertencem ao sobrevivo, já na sucessão os bens pertenciam ao de cujus sendo transmitido ao sobrevivente.

1 AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. É lícito ao Tribunal a quo adotar os fundamentos da sentença como suporte do acórdão que a confirme. [...]".(AgRg no Ag n. 517299/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.06, DJ 29.5.06, p. 230).

Isso quer dizer que eventual direito sucessório não impede a situação de meeiro e com ele não deve ser confudido. Nos dizeres de Ney de Mello Almada[2]:

> 'Caracteriza-se a meação por exprimir a dimensão quantitativa de direito das partes em condomínio ou comunhão, correspondendo a uma situação entre vivos como também hereditária. Adquirida em vida, antes da abertura da sucessão, a meação despoja-se de qualquer conotação sucessória, tanto que, dissolvida a convivência, será partilhada entre os companheiros. Assim, o companheiro terá direito à meação dos aquestos e, sobre a outra, que preenche a deixa hereditária do outro, uma porção variável porque a lei o faz herdeiro.
>
> E, segundo dispõe o artigo 5º da Lei n. 9.278, de 10.5.1996, "os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes na constância da união estável e a título oneroso, são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito'.
>
> No caso presente, o acidente que deu origem à indenização ocorreu em abril de 1995, ocasião em que a apelada já convivia em união estável com o falecido, sendo despiciendo tecer comentários acerca do apoio emocional e amparo material dispensado por ela ao companheiro nos dias de convalescença.
>
> Adotar a tese defendida pelos apelantes seria um contra-senso e um desprestígio ao vínculo afetivo existente entre a Srª Dair e o Srº Sebastião, privilegiando-se, quiçá, pessoas que não desfrutaram da convivência do falecido, em detrimento daquela que, por vários anos, comungou de sua companhia e contribuiu para o acréscimo de seu patrimônio.
>
> Campo Grande, 16 de fevereiro de 2009.
>
> Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

Não obstante o acórdão colacionado a este regimental, dando conta de que indenização trabalhista não integra patrimônio comum do casal, reitera-se que no caso presente está em discussão a existência do direito sucessório diante da ocorrência do óbito do companheiro e não divisão de bens em razão da dissolução da união estável.

Dúvida não existe sobre a configuração da união por longos anos e que com a morte do seu convivente, a agravada participa da sucessão como herdeira, nos exatos termos do artigo 3º da Lei n. 8.971/94[3].

Frise-se que tal entendimento é compatível com a realidade, pois uma união duradoura, sendo ambos desimpedidos, não justifica a discriminação do companheiro na hora da sucessão.

Assim, diante da inexistência de novos argumentos jurídicos e de fatos capazes de alterar o que já foi decidido, voto por se negar provimento ao presente agravo interno.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

2 **Sucessões.** São Paulo: Malheiros Editores. p. 128.

3 **Art. 3º** Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 12 de maio de 2009.

***

# Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.011299-7/0001-00 - Dourados
## Segunda Turma Cível
## Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO DE CONTRATO – COMPRA E VENDA DE SOJA – ESTIAGEM PROLONGADA – ONEROSIDADE EXCESSIVA – ART. 478 DO CC – RAZÕES RECURSAIS QUE INSISTEM NA TESE APRESENTADA NA APELAÇÃO – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Não havendo razões que justifiquem a reforma do julgado, deve ser mantida a decisão agravada regimentalmente.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 31 de março de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Portão Comércio, Importação e Exportação de Cereais Ltda. interpõe o presente agravo interno (f. 604-607) contra a decisão (f. 597-601) que negou seguimento à apelação cível interposta em face de Renato Eugênio de Rezende Barbosa, mantendo a sentença proferida na ação de rescisão de contrato por este movida e que julgou procedente o pedido inicial, para decretar a resolução do contrato firmado entre as partes, com a extinção de todas as obrigações nele contidas.

Reitera os argumentos expostos nas razões do recurso de apelação cível. Ao final, requer a reconsideração da decisão ou, caso mantido o entendimento, seja o presente recurso apresentado em mesa.

A decisão foi mantida (f. 608 v.), razão pela qual submete-se o agravo à apreciação desta Turma Cível.

## VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

A meu juízo, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos. Eis o seu teor, que ora reafirmo:

Decisão

Consta dos autos que o autor, ora apelado, ajuizou ação de rescisão do contrato contra a empresa ré, ora apelante, dizendo que, em janeiro de 2004, firmou com a requerida contrato de compra e venda, tendo por objeto a comercialização de 100.000 (cem mil) sacas de soja, equivalente a 6.000.000 (seis milhões) de quilos, a serem colhidas durante a safra de 2003/2004 e entregues no período compreendido entre 10 de março de 2004 e 30 de abril de 2004, sendo que o preço ajustado da saca foi o de US$ 10,20; que não recebeu valor algum a título de adiantamento; que, em razão de uma estiagem prolongada, houve uma queda na safra, colhendo apenas 40% do inicialmente previsto, e um aumento no valor da saca da soja, passando a valer US$ 16,50; e que diante desses acontecimentos extraordinários, tornou-se excessivamente oneroso o cumprimento do contrato. Assim, pediu a procedência da ação, com a extinção de todas as obrigações constantes no contrato.

Após o regular processamento do feito, o magistrado proferiu sentença, julgando procedente o pedido formulado, decretando a resolução do contrato firmado entre as partes. Tendo em vista que o juiz de primeiro grau muito bem analisou as provas dos autos e com propriedade aplicou o direito à espécie, não merece qualquer reparo a sentença. E para não incorrer em repetição desnecessária, utiliza-se dos fundamentos ali expostos como razões de decidir[4]:

[...]

O Código Civil preceitua acerca da resolução do contrato por onerosidade excessiva: 'Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação'.

Como se vê da expressa redação do art. 478, é pressuposto para a resolução do contrato que a prestação de uma das partes torne-se excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

No caso concreto, se mostra adequada a aplicação dessa norma, pois a quebra na produção de soja na propriedade do autor, localizada no município de Laguna Caarapã/MS, provocada pela intensa estiagem, impossibilitou a entrega da totalidade de quilos da soja contratada (5º item de f. 471).

Veja-se que, conforme o contrato de f. 18/22, o autor/vendedor obrigou-se a entregar à ré a quantia de 6.000.000 quilos de soja, equivalentes a 100.000 sacas do produto. Entretanto, como se vê dos documentos de f. 24/27, houve um longo período de estiagem na região de Laguna Caarapã/MS, iniciado em dezembro de 2003 e prolongado até março de 2004, comprometendo de forma irreversível a safra agrícola de verão, o que resultou na colheita pelo autor/vendedor de apenas 3.238.200 quilos de soja, correspondentes a 53.970 sacas do produto (f. 23 e f. 473).

Ora, se o autor/vendedor não tinha todo o produto a ser entregue no prazo pactuado para o período de 10/03/2004 a 30/04/2004, a saber, 6.000.000 quilos de soja, só havia uma maneira de cumprir com o avençado: adquirir o produto de terceiros para repassar à ré, o que, na época, se mostrava inviável, uma vez que em razão da pouca oferta do produto no mercado, a cotação deste estava muito acima do valor contratado; e não havia soja suficiente na região para o cumprimento dos inúmeros contratos assinados por todos os produtores da região.

Extrai-se do contrato de f. 18-22 que o valor da saca de soja, fixado pelas partes, era de U$ 10,20. Todavia, do documento de f. 28, infere-se que houve um aumento considerável no valor do produto, que passou a ser comercializado ao preço de U$ 16,50 por saca (3º item de f. 471).

4 AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. É lícito ao Tribunal *a quo* adotar os fundamentos da sentença como suporte do acórdão que a confirme. *[...]*.(AgRg no Ag n. 517299/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.06, DJ 29.5.06, p. 230).

Ora, não seria razoável exigir que o autor adquirisse o produto de terceiros para entregá-lo à ré, arcando com a diferença de preço que pagaria por esse produto e o valor que receberia da ré.

Se tal hipótese ocorresse seria a custo de uma onerosidade excessiva do autor, como alhures mencionado, e uma extrema vantagem para a ré que apenas auferiria os lucros advindos do prejuízo do autor. É oportuno salientar que o autor nada recebeu da ré a título de pagamento antecipado pela quantidade de produto não entregue.

Assim, conclui-se que a procedência do pedido inicial é medida que se impõe, sob pena de se afrontar o princípio da função social do contrato e os demais princípios balizadores das condutas das partes na busca da proteção dos interesses envolvidos nas relações contratuais, sobretudo o princípio da eticidade que tem como pressupostos a boa-fé objetiva, a justa causa e o equilíbrio das relações jurídicas.

Frise-se que a ré em nenhum momento provou que o autor estaria agindo de má-fé; e a má-fé não se presume, há de ser provada. Ademais, a conduta do autor de pleitear a resolução do contrato, no caso em tela, não se mostra contrária à boa-fé, vez que respaldada na legislação civil vigente, considerando a ocorrência de fato imprevisível que foi a quebra da safra em razão de estiagem.

Vale ressaltar, ainda, que os documentos de f. 475/477 não demonstram, isoladamente, que a soja colhida pelo autor era suficiente, na época, para que este honrasse a obrigação contratada com a ré de entregar o montante de 6.000.000 quilos de soja no período de 10/03/2004 a 30/04/2004. A uma, porque tais documentos se referem a produção de Renato Eugênio de R. Barbosa e Irmãos, logo, não correspondem a colheita de soja, safra 2003/2004, exclusiva da pessoa física Renato Eugênio de Rezende Barbosa, RG 3431632 SSP/MS. A duas, porque estes documentos abrangeram todas as colheitas havidas no ano de 2004, enquanto o contrato sub judice refere-se ao período de 10.3.04 a 30.4.04, fixado pelas partes como prazo para a entrega do produto.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido inicial para o fim de confirmar a tutela concedida à f. 34-35 e decretar a resolução do contrato firmado entre as partes, denominado 'instrumento de contrato de compra e venda com garantia pignoratícia n. 3/2004', com a extinção de todas as obrigações nele constantes; o que faço com arrimo no art. 478 do Código Civil.

Condeno a ré a pagar as custas processuais e despesas; e a pagar honorários em favor do advogado do autor, que na forma do art. 20, § 4º, do CPC, fixo em R$ 10.000,00, com correção monetária pelo IGPM da FGV a partir desta data (22.2.07), levando-se em consideração a natureza da causa, o trabalho realizado pelo profissional e o tempo exigido para a sua realização.' - destaquei.

Por mais que a apelante alegue tratar-se de contrato aleatório, previsto no art. 458 do Código Civil, vejo que o caso se encaixa perfeitamente na hipótese de contratos comutativos e de execução diferida (art. 478 do CC), posto que as partes firmaram negócio de compra e venda, a preço fixo, para entrega futura, sendo, portanto, aplicável a teoria da imprevisão, para resolução do contrato.

Em abono do posicionamento ora esboçado, reporto-me a alguns julgados deste Sodalício, *in verbis:*

'A teoria da imprevisão admite a revisão ou rescisão contratual em certas circunstâncias especiais, quando ocorrer um acontecimento imprevisível anormal; uma alteração profunda de equilíbrio das prestações decorrentes do fato novo e levando uma das partes à insolvência, ou fazendo-a arcar com um prejuízo sobremaneira gravoso; enriquecimento injusto e lucro desmedido para o outro contratante; e a ausência de mora ou culpa por parte daquele que pede revisão ou resolução.

Certo é que a teoria da imprevisão, em regra, não se aplica aos contratos de risco, notadamente se a parte inadimplente é conhecedora dos riscos que assume, tal qual o caso de a dívida dever ser paga em sacas de soja por agricultor e ocorre estiagem no ano de pagamento que atinge a produção. No entanto, impõe-se a aplicação dessa teoria mesmo em casos como o da espécie se do exame das circunstâncias fáticas verifica-se que o inadimplemento deu-se em virtude de fator climático extremamente grave e anormal, tanto que exigiu a intervenção municipal mediante decreto de estado de emergência no local, com o reconhecimento de que as perdas nas lavouras atingiram patamares de 50%, 70% e até 90% da produção.'5

'AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SOJA – ONEROSIDADE EXCESSIVA – ART. 478 DO CPC – SENTENÇA MANTIDA.

Aplica-se o artigo 478 do CPC, que trata da possibilidade de resolução contratual ante a onerosidade excessiva para uma das partes, quando o contrato firmado mostra-se excessivamente desvantajoso para o réu, pois a este restou toda a responsabilidade pela produção do produto (soja), e em caso de inadimplemento comprometeu-o a condições bem mais severas de que se a inadimplência fosse provocada pela cooperativa/apelante. Ademais, o cumprimento integral da avença se tornou inviável, ante a quebra da produção em decorrência da intensa estiagem que assolou a região à época.'6

É verdade que a teoria da imprevisão não deve ser aplicada de maneira indiscriminada e sobre quaisquer hipóteses, porém, no caso em concreto, verifiquei a necessidade de sua aplicação, diante dos acontecimentos extraordinários e imprevisíveis e da onerosidade excessiva no cumprimento do contrato pelo autor apelado.

Diante disso, e considerando que as alegações recursais não abalam as convicções externadas na sentença de primeiro grau, esta merece ser confirmada pelos seus próprios fundamentos.

Conclusão

Por todo o exposto, nos termos do caput do artigo 557 do Código de Processo Civil, nega-se seguimento ao recurso, ante sua manifesta improcedência, mantendo-se a sentença recorrida em todos os seus termos.

As questões aventadas no presente agravo já foram examinadas e como a recorrente não trouxe para os autos qualquer alegação ou documento novo capaz de modificar as razões de decidir expostas, a decisão objurgada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, voto por se **negar provimento** ao agravo interno, mantendo-se íntegra a decisão invectivada.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**5** TJMS, AC n. 2007.034661-5, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 1º.12.2008.

**6** TJMS, AC n. 2005.017898-2, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvéchio Chaves Martins julgado em 26.9.06.

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 31 de março de 2009.

***

## Agravo n. 2008.036301-6 - Três Lagoas
## Segunda Turma Cível
## Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – PARTILHA DE BENS RESERVADA PARA OCASIÃO FUTURA NOS AUTOS DA SEPARAÇÃO JUDICIAL – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO DOMICÍLIO DO RÉU – RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

Seguindo orientação do Superior Tribunal de Justiça, a ação de partilha de bens decorrente da separação judicial não tem natureza real, mas, sim, de estado, fato que atrai a regra geral de competência do foro do domicílio do réu, em conformidade com o art. 94 do Código de Processo Civil.

## 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, 31 de março de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Mabel Mesquita Martins interpõe o presente agravo de instrumento contra decisão (f. 36-7) que, *na exceção de incompetência* arguida em face de Márcio Rogério Alves, rejeitou o incidente, declarando a 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas como competente para conhecer da ação de partilha c/c indenização.

Alega, em síntese, que se trata de partilha entre ex-cônjuges e, ainda que pertinente a bens imóveis, eles estão situados em três lugares diferentes, Três Lagoas, Campo Grande e São Paulo, de forma que a decisão agravada, ao declarar a Comarca de Três Lagoas como competente, não subsiste por que: I) não é aplicável a regra do art. 95, mas, sim, do art. 94 do CPC para declarar a competência do foro de seu domicílio (São Paulo), já que a lide tem caráter pessoal; e II) é competente para a partilha de bens do casal separado a Vara do Juízo que homologou a separação consensual (São Paulo).

Aduz que os pedidos de partilha e de indenização não podem ser cumulados na mesma ação.

Ao final, afirmando que o foro da Comarca de Três Lagoas é incompetente para o processamento e julgamento da referida ação, pleiteia o provimento do agravo, remetendo-se os autos para uma das varas do Foro de São Paulo.

O agravo foi recebido no efeito devolutivo (f. 361-2).

O agravado apresentou contraminuta (f. 363-9) na qual aduz: I) a decisão é concisa, porém não se apresenta omissa; II) não haver necessidade de menção a precedentes jurisprudenciais; e, III) ser o Juízo de Três Lagoas o competente para julgar a causa. Requer o improvimento do recurso.

O magistrado prestou as informações (f. 374) esclarecendo que a agravante cumpriu o disposto no art. 526 do CPC ao mesmo tempo em que ratifica a decisão.

## VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Cinge-se a questão em definir o foro competente para processar e julgar ação de partilha c/c indenização por uso exclusivo de imóvel comum, na qual o ex-cônjuge varão pleiteia a divisão de bens não realizada por ocasião da separação.

Questiona-se se a competência é do Juízo em que se decretou a separação ou do Juízo onde situada a maioria dos imóveis.

O magistrado, sob o fundamento de tratar a lide de ação real imobiliária (art. 95, 1ª parte do CPC), rejeitou a exceção, declarando o Juízo de Três Lagoas como o competente para processar e julgar a ação.

A decisão, com a devida vênia, deve ser reformada porque, segundo entendo, revela-se competente para processar e julgar a ação uma das varas cíveis do Foro da Comarca de São Paulo.

O art. 1.121, § 1º, do Código de Processo Civil estabelece:

> [...]
>
> § 1º Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IX.
>
> Observa-se que os artigos 982 a 1.045 (Livro IV, Título I - Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa, Capítulo IX – Inventário e Partilha) regulam o procedimento de inventários e partilhas, porém não definem a competência.
>
> Assim, de início, cabe averiguar qual a natureza da ação para definir a competência.
>
> Seguindo orientação do Superior Tribunal de Justiça, a ação de partilha de bens decorrente da separação judicial não tem natureza real, mas, sim, de estado, de forma que se aplica a regra geral de competência de domicílio do réu, conforme se verifica no Conflito de Competência n. 98.979-SP, da relatoria do Min. Massami Uyeda, de 03/12/2008, no qual restou exarado que:
>
> [...] No mais, ainda, deve-se atentar que se trata de ação de estado, o que atrai a regra geral de competência do foro do domicílio do réu, em conformidade com o art. 94 do CPC.

No presente caso, a parte requerida é a ex-mulher, domiciliada na Comarca de São Paulo, e os bens a serem partilhados encontram-se nas comarcas de São Paulo, Três Lagoas e Campo Grande (f. 94-7 e 114-144).

Assim, ainda que na legislação pertinente não se verifica determinação de que a partilha de bens, reservada para ocasião futura nos autos da separação judicial, seja obrigatoriamente ultimada no juízo em que foi

homologada a separação, que também foi na Comarca de São Paulo (f. 49-50), tem-se que o Juízo competente é uma da varas cíveis daquele Foro, pois é lá o domicílio da ré, ex-cônjuge e nele encontra-se situado um dos imóveis objeto da partilha (f. 94).

Outro ponto que deve ser ressaltado é que a ação de partilha está cumulada com um pedido de indenização referente à cobrança de aluguéis do imóvel situado em São Paulo, local em que reside a agravante com os filhos do casal, e que também tem caráter pessoal, aplicando-se-lhe a regra geral de domicílio do réu (art. 94 do CPC).

Conclui-se, portanto, que, se ambos os pedidos contidos na ação, partilha de bens e indenizatório, têm natureza pessoal, aplica-se a regra geral de domicílio do réu previsto no art. 94 do CPC.

Além disso, o argumento de que o Foro de Três Lagoas é competente porque nele estão situados os imóveis não subsiste, pois não se está a partilhar apenas os bens existentes nessa Comarca, mas, também, os localizados em São Paulo e em Campo Grande.

De outro lado, no que se refere à insurgência da agravante quanto à acumulação de pedidos (partilha e indenização), a teor do art. 292, § 2º, do CPC, é permitida a cumulação, num único processo, desde que seja empregado o procedimento ordinário.

Finalmente, quanto ao aresto colacionado na decisão agravada, assiste razão à recorrente.

De fato, o julgado do Supremo Tribunal Federal utilizado para embasá-la não serve de parâmetro, visto que nele se julga a conexão de causa entre ações anulatória de arrematação e reivindicatória a fim de fixar competência (f. 344), portanto não guarda similitude com a ação que originou este agravo.

Conclusão.

Diante do exposto, **voto por se dar provimento** ao agravo de instrumento para acolher a exceção arguida, a fim de declarar competente para julgar e processar a ação de partilha c/c indenização a Comarca de São Paulo-SP, sendo que os autos deverão ser encaminhados a uma de suas varas cíveis.

## 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. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Luiz Carlos Santini e Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 31 de março de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2008.019636-7 - Aquidauana
## Segunda Turma Cível
## Relator Des. Luiz Carlos Santini

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ASSÉDIO SEXUAL EM AMBIENTE DE TRABALHO – PRESCRIÇÃO AFASTADA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – AUSÊNCIA DE PROVAS DESCONSTITUTIVAS DO DIREITO DA AUTORA – RECURSOS IMPROVIDOS.

A prescrição nas ações de indenização por ato ilícito consumado de forma contínua e prolongada começa a fluir do último dia do ato praticado.

À inteligência do artigo 945 do Código Civil, a indenização a ser fixada deve levar em conta o grau de culpa da vítima em confronto com a do autor do dano.

Meras declarações de testemunhas informantes do juízo não têm o condão de ilidir as provas trazidas pela autora, quando isoladas no bojo processual.

## 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, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento a ambos os recursos, unânime.

Campo Grande, 17 de março de 2009.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Trata-se de apelações interpostas por Luciane Alves dos Santos e pelo Município de Aquidauana-MS, contra decisão do juízo *a quo* de f. 173-187, que julgou procedente o pedido formulado em ação de indenização por danos morais, que a primeira move em face do segundo recorrente, condenando este ao pagamento de indenização a título de danos morais à primeira apelante, no valor de R$ 5.320,00 (cinco mil trezentos e vinte reais), acrescidos de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo IGPM-FGV a partir da data da sentença, e honorários advocatícios.

A primeira apelante alega que, pela gravidade da lesão, a magnitude do dano e as circunstâncias do caso, a indenização deve ser majorada, principalmente para causar o efeito punitivo do dever de reparação.

Requer, ainda, a manifestação específica sobre os artigos 186 e 927 do Código Civil, para recurso a superior instância.

O segundo recorrente suscita a ocorrência da prescrição do direito de ação da apelada/autora, por ter transcorrido o prazo de três anos para o ajuizamento da demanda, previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil, extinguindo o feito com resolução do mérito.

Aduz, ainda, que não há nos autos elementos suficientes que comprovem a ocorrência do ato ilícito de assédio sexual, sendo razão suficiente para o provimento do presente recurso de apelação, julgando-se improcedente o pedido inicial. E que, caso este Tribunal entenda pela ocorrência de assédio sexual, que seja afastada a responsabilidade do Município, pois o dano teria sido praticado por vereador, no âmbito da Câmara Municipal.

Não foram apresentadas contrarrazões pelas partes.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, Luciane Alves dos Santos e o Município de Aquidauana interpuseram recurso de apelação contra a decisão de primeira instância de f. 173-187, proferida nos autos de Ação de Indenização por Danos Morais, que a primeira recorrente move em face do segundo apelante, julgando procedente o pedido inicial, para o fim de condenar o Município de Aquidauana ao pagamento de indenização a título de danos morais, decorrente de assédio sexual praticado por vereador municipal, arbitrado no valor de R$ 5.320,00 (cinco mil trezentos e vinte reais).

Por ser questão prejudicial de mérito, analiso a preliminar arguida:

Da ocorrência de prescrição, suscitada pelo Município de Aquidauana.

Aduz o Município de Aquidauana que o suposto ato ilícito de assédio sexual teve início em setembro de 2003, mês em que a autora/apelada começou a trabalhar na Câmara Municipal, sendo essa data o termo *a quo* da prescrição do direito da ação indenizatória.

Entretanto não lhe assiste razão.

Pelo que se depreende dos autos, os assédios sexuais sofridos pela autora/apelada se prolongaram no tempo, enquanto esteve trabalhando no Órgão Legislativo Municipal, findando em dezembro de 2004, conforme relatado na inicial, o que não foi impugnado pelo réu, gerando fato incontroverso.

Logo, conta-se o prazo prescricional do último dia do ato ilícito praticado, ou seja, de dezembro de 2004, e não da data de início das ofensas. Em caso de semelhante violação de direito, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu. Vejamos:

> CIVIL. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO CONTINUADA. INOCORRÊNCIA. A continuada violação do direito de propriedade dos recorridos por atos sucessivos de poluição praticados pela recorrente importa em que se conte o prazo prescricional do último ato praticado. Recurso não conhecido. (REsp n. 20645/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro. Rel. para Acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 24.4.02, DJ 7.10.02, p. 258, LEXSTJ vol. 159, p. 56).

Assim, fica afastada a preliminar suscitada, e não havendo outras, passo a analise dos recursos interpostos.

Do recurso de Luciane Alves dos Santos.

A apelante pugna pela majoração do valor da indenização, alegando que o *quantum* fixado na sentença singular não se mostra suficiente para produzir o efeito dissuasório, a fim de evitar novas condutas semelhantes, e que não se mostra compensatória para a vítima, ante à intensidade e duração do sofrimento.

Cumpre transcrever um trecho da sentença de primeiro grau ao fundamentar a fixação do valor indenizatório, *in verbis*:

> No caso vertente, há que se considerar a parcela de culpa da requerente, que deixou que as ameaças e assédio se prolongassem por mais de ano, para fins de manter o emprego que foi arrumado pelo autor dos fatos. É claro que houve aproveitamento do autor do fato da situação de necessidade da requerente, que estava desempregada. Entretanto, não se pode deixar de atribuir a esta parcela de culpa, considerando, como exposto, que somente veio a denunciar o caso após sua demissão.
>
> Daí, no caso vertente, entendo que o valor da indenização deve ser fixado em R$ 5.320,00, levando em consideração o salário recebido na época pela requerente, bem como o tempo em que sofreu assédio (f. 186-187).

A meu ver, o juiz singular fixou adequadamente a indenização ao caso concreto, levando-se em conta a premissa básica para quantificação do dano moral, prevista no artigo 945 do Código Civil, ou seja, levou em consideração que a permanência temporal decorreu da concorrência culposa da autora/apelante, razão pela qual deve ser mantida a decisão de primeiro grau em todos os seus termos.

Posto isso, conheço do recurso de Luciane Alves dos Santos, mas nego-lhe provimento.

Do recurso do Município de Aquidauana.

Aduz o ora recorrente que faltam elementos nos autos que comprovem a ocorrência do ato ilícito de assédio sexual, argumentando que faltam provas concretas, principalmente quando contrapostas com as declarações das testemunhas do apelante/réu.

Contudo, como bem decidido pelo juízo de primeiro grau, prova testemunhal não ilidiu as alegações da autora/apelada, uma vez que serviram apenas como informantes do juízo.

Ademais, o apelante/réu não se desincumbiu do ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora/apelada, de forma que mantenho a sentença em todos os seus termos.

Quanto ao pedido formulado pelo apelante/réu, para ser afastado o dever de indenizar do Município, tal não merece prosperar, pois a questão sobre a ilegitimidade passiva já foi decidida pelo juízo *a quo*, às f. 130-131, da qual não houve recurso.

Assim, conheço do recurso do Município de Aquidauana, mas nego-lhe provimento.

Diante do exposto, conheço dos recursos de Luciane Alves dos Santos e do Município de Aquidauana, mas nego-lhes provimento.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 17 de março de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2008.032750-8 - Anaurilândia
## Segunda Turma Cível
## Relator Des. Luiz Carlos Santini

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – POSSESSÓRIA – AUSÊNCIA DE POSSE DO AUTOR–CONVERSÃODEPROCEDIMENTOESPECIALEMPROCEDIMENTOORDINÁRIO – POSSIBILIDADE – JULGAMENTO ANTECIPADO – ADMISSIBILIDADE – POSSE INJUSTA DOCUMENTALMENTE PROVADA – RECURSO COM INOVAÇÃO DO PEDIDO – INADMISSIBILIDADE – IMPROVIMENTO.

Na possessória com rito ordinário discute-se a existência da posse justa que, no caso, em face da possuidora ter rescindido o contrato por sua vontade, tornou a posse injusta, devidamente provada por documento, que é a rescisão do contrato de compra e venda, portanto, o julgamento antecipado da lide não caracteriza ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

A ação possessória pode ser transformada em rito ordinário, o que ocorre nas ações de posse velha e pelo rito ordinário julga-se tal qual uma ação petitória.

O pedido de retenção por benfeitorias alegado em apelação é inovação no feito e como tal não deve ser conhecido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 28 de abril de 2009.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Lourdes Alexandre Simões inconformada com a sentença de f. 293-8 que na ação de reintegração de posse que lhe foi movida pelo espólio de Idenor Ribeiro dos Santos e outros, com fulcro nos arts. 461, *caput* e § 5º; 461, 'a', §§ 2º e 3º do CPC e Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal, deferiu o pedido de imissão de posse como obrigação de entregar coisa para a entrega do imóvel pela requerida aos autores e deferiu a antecipação dos efeitos da tutela *in limine* aos requerentes, condenando-a ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa, interpôs recurso de apelação (f. 385-415).

Argui as preliminares de impossibilidade de conversão da ação possessória em ação petitória, pedindo a extinção dos autos da reintegração de posse sem julgamento de mérito; de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, requerendo a nulidade da sentença. No mérito, em síntese, alega a possibilidade do exercício da retenção de posse; ausência de posse injusta e ocorrência de alienação em fraude à execução.

Pede o conhecimento e provimento do recurso para extinguir a ação sem julgamento do mérito ou decretar a nulidade absoluta da sentença. Caso não for esse o entendimento, pede seja assegurado à apelante o direito de retenção do imóvel, por ter sido alienado a terceiros em fraude a execução.

Contra-razões às f. 448-67 pugnando pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por Lourdes Alexandre Simões contra a sentença de f. 293-8 que na ação de reintegração de posse que lhe foi movida pelo espólio de Idenor Ribeiro dos Santos e outros, com fulcro nos arts. 461, *caput* e § 5º; 461, 'a', §§ 2º e 3º do CPC e Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal, deferiu o pedido de imissão de posse como obrigação de entregar coisa para a entrega do imóvel pela requerida aos autores e deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, *in limine* aos requerentes.

Passa-se à análise do recurso.

**Quanto às preliminares.**

**Da impossibilidade de conversão da ação possessória em ação petitória.**

Conforme afirmado nas razões recursais, no agravo de instrumento n. 2007.007755-2, interposto pela apelante e julgado por esta Turma em 5.6.07, foi cassada a liminar de reintegração de posse, excluído o espólio apelado do pólo ativo da ação e determinado que o feito seguisse o rito petitório (f. 265-8). De tal decisão a apelante não interpôs nenhum recurso e o acórdão transitou em julgado em 6.8.07 (f. 270).

Assim, ocorreu a preclusão da matéria, não cabendo agora qualquer discussão a respeito.

Ademais, mesmo que assim não fosse, destaca-se que é perfeitamente possível a conversão. A ação já estava contestada, sendo que não era caso de reintegração, mas sim de reivindicação e não havia necessidade de produção de provas, porquanto já estava caracterizada a posse injusta pela rescisão do contrato, com sentença transitada em julgado.

Afasta-se a preliminar.

**Da nulidade do processo por violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.**

Aduz a apelante que em razão da determinação desta Corte de que o processo seguisse o rito petitório, a magistrada proferiu decisão oportunizando manifestação somente aos apelados, cujo despacho não foi publicado no Diário da Justiça, "sendo certo que não chegou ao conhecimento da requerida da forma e no tempo que deveria ter chegado" (f. 399).

Argumenta que após esse despacho, os apelados apresentaram contestação e logo após, em ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a juíza decidiu o feito.

Inicialmente, registra-se que da determinação de alteração de rito da ação, a apelante tinha pleno conhecimento, porquanto proferida em sede de recurso de agravo interposto por ela própria.

Conforme se vê às f. 265-8, o AG n. 2007.007755-2, interposto pela apelante, foi provido e cassada a liminar de reintegração de posse porque o espólio já havia alienado o imóvel aos apelados e, portanto, excluído da ação por ilegitimidade ativa e os apelados-adquirentes nunca detiveram a posse do bem e assim, impossível a concessão

De liminar, até porque a posse era de mais de ano e dia, razão pela qual foi determinado que o feito seguisse o rito petitório.

A apelante não quis ficar na área que havia adquirido de Idenor Ribeiro dos Santos, por meio de contrato de compra e venda, aliás, sequer exigiu o adimplemento do referido acordo, tanto que rescindiu o contrato, então o petitório era perfeito.

Era perfeitamente possível o julgamento antecipado da lide, o qual nenhum prejuízo trouxe à apelante, pois a ação já estava contestada e a finalidade da produção de provas seria para a requerida comprovar que a posse era justa.

Contudo, a partir do trânsito em julgado da sentença proferida na ação de rescisão do contrato de compra e venda ajuizada pela apelante, sua posse se tornou injusta.

Assim, o julgamento antecipado da lide nenhum dano trouxe à apelante, não havendo se falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Rejeita-se a preliminar.

**Do mérito.**

Argumenta a apelante a possibilidade do exercício de retenção de posse, vez que ainda não recebeu o pagamento da quantia determinada na sentença.

Todavia, trata-se de pedido antes não argüido na contestação e, portanto, não discutido no juízo de primeira instância, sendo defeso suscitá-lo na apelação, de acordo com o art. 517 do CPC.

Ora, a defesa ofertada nos autos e a decisão, versaram sobre os argumentos constantes na contestação, na qual a apelante alega seu direito de preferência na aquisição do imóvel. Não foi aventada a questão de possibilidade de retenção de posse por ausência de pagamento, circunstância que demonstra claramente a tentativa de inovação à lide, o que, como já dito, não é permitido em sede de recurso.

Nesse sentido a jurisprudência:

> PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PEDIDO CERTO E DETERMINADO. PREMISSA EQUIVOCADA. INOVAÇÃO NA LIDE. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. As razões do recurso especial embasam-se em premissa incompatível com a realidade dos autos – qual sejam a de que o pedido formulado na inicial não foi certo e determinado.
>
> 2. A recorrente busca inovar na lide desde o Tribunal de origem – o que ficou consignado até mesmo no julgamento dos embargos declaratórios –, tentando reverter o fato de não se haver atentado para a emenda à inicial no momento oportuno.

3. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp n. 891570/RJ, REsp n. 2006/0214634-0, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 2.8.07, DJ 16.8.07, p. 315).

Também, afasta-se a alegação de ausência de vícios na posse exercida pela apelante.

Como já dito, a partir do trânsito em julgado da sentença de rescisão do contrato de compra e venda do imóvel, ajuizada pela própria apelante, em cujo decisório o espólio foi condenado em perdas e danos, caberia a ela desocupar o imóvel e executar a sentença.

Deste modo, a sua permanência no imóvel caracteriza posse injusta.

Com referência à argumentação de que a alienação do imóvel aos apelados foi realizada em fraude à execução do bem em litígio, destaca-se que tal questão tem ser alegada e analisada no processo de execução.

De tal sorte que a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 28 de abril de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2009.001677-0 - Caarapó
## Segunda Turma Cível
## Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO – AGRAVO RETIDO – PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E FALTA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADAS.

Dispõe de interesse processual o ocupante de imóvel que pretende ver reconhecido o domínio sobre o bem, com a declaração de usucapião.

Nenhum impedimento legal há para se ajuizar a ação de usucapião ao invés da adjudicação compulsória, até porque o reconhecimento do domínio dos apelados por intermédio da usucapião nenhum prejuízo trouxe aos apelantes.

APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO – POSSE NÃO COMPROVADA NA INTEGRALIDADE – PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO – RECURSO DE AMBAS AS PARTES – HONORÁRIOS – MAJORAÇÃO – PROVIMENTO DO RECURSO SOBRE OS HONORÁRIOS.

Mantém-se a sentença que julgou parcialmente procedente a ação de usucapião se somente com relação a um terreno restou comprovada de modo satisfatório a posse vintenária exercida sobre o imóvel, nos termos do art. 550 do CC.

Se uma das partes decaiu de parte mínima do pedido, correta a aplicação do art. 21, parágrafo único, do CPC.

## 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, em parte com o parecer, afastar a preliminar e improver o agravo retido. Quanto ao apelo, deram provimento ao recurso de Antonio Fancelli e negaram provimento ao de José Alves Filho.

Campo Grande, 30 de abril de 2009.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Antônio Fancelli e outro, e José Alves Filho e outro, inconformados com a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial da ação de usucapião extraordinário que o segundo apelante move em face do primeiro, pela qual foi reconhecido o direito de usucapião sobre o lote n. 18 e a improcedência da pretensão sobre os lotes 14, 15, 16 e 17, todos da quadra n. 23 e condenou o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.200.00 (f. 589-95), interpõem recursos de apelação.

Antônio Fancelli e outro, preliminarmente, pede o conhecimento e provimento do agravo retido interposto às f. 265-76, tão somente com relação ao item "II.III" e, no mérito, pleita a reforma da sentença para majoração dos honorários advocatícios, sob o argumento de que não foram arbitrados segundo os critérios do art. 20, § 4º, do CPC (f. 600-4).

José Alves Filho e outro, em síntese, alegam que a posse mansa e pacífica sobre os lotes 14, 15, 16 e 17 foi devidamente comprovada.

Pedem o provimento do recurso e a reforma da sentença para declarar a ocorrência de usucapião dos lotes mencionados, condenando-se os apelados aos ônus sucumbenciais ou que seja reconhecida a sucumbência recíproca (f. 608-15).

Contrarrazões às f. 622-4 e 629-36, pugnando pelo não provimento dos recursos.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo conhecimento e não provimento do agravo retido e dos recursos de apelação (f. 645-56).

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recursos de apelação interpostos por Antônio Fancelli e outro e José Alves Filho contra a sentença de f. 589-95, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial da ação de usucapião extraordinário que o segundo apelante move em face do primeiro, pela qual foi reconhecido o direito de usucapião sobre o lote n. 18 e a improcedência da pretensão sobre os lotes 14, 15, 16 e 17, todos da quadra 23 e condenou o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.200.00.

Passa-se à análise dos recursos.

**Quanto a Antônio Fancelli e Pascoalina Jacomel Fancelli.**

**Do agravo retido**

Por meio do agravo retido busca o apelante o acolhimento da preliminar de inadequação da via eleita e falta de interesse de agir e para tanto argumenta que a transferência da propriedade poderia se concretizar pelo simples trespasse do título; que nunca se negaram em outorgar a escritura definitiva do lote n. 18, e que ao caso caberia adjudicação compulsória.

Segundo os ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em **comentários ao art. 267 do CPC**, 10ª edição, editora Revista dos Tribunais, p. 504: *Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de visto prático. Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado (v.g., pelo inadimplemento da prestação e resistência do réu à pretensão do autor).*

Assim, se os apelados comprovaram que estavam na posse do imóvel denominado lote n. 18 há mais de vinte anos, há o interesse de agir no sentido do reconhecimento do domínio, além do que o fato de poderem optar pela transferência da propriedade pelo simples trespasse do título, conforme dispõe o art. 31 da Lei n. 6.766/79 não lhes tira o mencionado interesse de agir para reconhecimento do domínio do referido imóvel.

Da mesma forma, nenhuma razão lhes assiste em sua alegação quanto à inadequação da via eleita, pois não há nenhum impedimento legal para que os apelados ajuizassem a ação de usucapião ao invés da adjudicação compulsória, até porque o reconhecimento do domínio dos apelados por intermédio da usucapião nenhum prejuízo trouxe aos apelantes, vez que no presente agravo retido reconheceram o direito dos apelados e se dispuseram a outorgar a escritura definitiva (f. 272).

Assim, o afastamento da preliminar e o improvimento do agravo é medida que se impõe.

**Do recurso de apelação.**

Buscam os apelantes a majoração dos honorários advocatícios para o valor de R$ 4.000,00, sob o argumento de que não foram arbitrados com observância dos critérios do art. 20, § 4º do CPC, pois fixados em R$ 1.200.00, enquanto que o valor da ação é de R$ 44.000.00.

Destaca-se que o valor da causa foi atribuído considerando-se cinco lotes, o que resultaria em R$ 8.800.00 para cada e que houve sucumbência com relação a quatro terrenos. Assim, razoável que a parte vencida pague ao vencedor, honorários proporcionais ao que deixou de ganhar.

Desta forma, tenho que o valor de R$ 4.000.00 é uma quantia aceitável, porquanto representa menos que 12% do total da sucumbência.

**Do recurso interposto por José Alves Filho e sua esposa Luzia Alves dos Santos.**

Pretendem os apelantes a reforma da sentença para reconhecimento da ocorrência de usucapião sobre os lotes 14, 15, 16 e 17 da quadra 23, por ocupação de tais imóveis desde 1982.

Contudo, razão nenhuma lhes assiste porquanto não comprovada a posse dos aludidos terrenos no lapso temporal exigido pela lei.

A prova documental trazida aos autos consiste em apenas: 1) recibo de sinal para reserva e compromisso de compra e venda do lote n. 16, em nome de Luzia Alves dos Santos e datado de 17.4.00 (f. 70); 2) recibo de sinal para reserva e compromisso de compra e venda do lote n. 15, em nome de Lindalva Alves Tenonio, datado de 20.5.00 (f. 74); 3) IPTUS referentes ao lote n. 16, dos anos de 2003, 2004 e 2005 (f. 71-3).

Os depoimentos testemunhais também não conseguiram comprovar tal alegação. Veja-se:

> [...] conheço os autores há cerca de vinte anos[...[ Eles compraram a casa do Jarbas. Ele cuida de um terreno que fica ao lado da casa[...]. quando o José comprou a casa do Jarbas, os terrenos vizinhos já estavam cercados. Quem cercou esse terreno foi o Renato. Foi o Renato que autorizou os autores a ocuparem a posse dos terrenos. O Renato morava na casa que vendeu para o Jarbas, e naquela época ele ocupava os terrenos que ora o autor está tentando usucapir[...] Não sei informar em que ano o Renato transferiu a posse dos terrenos para o José[..] (Faustina de Oliveira f. 390).

> [...] conheço os autores desde 1994[...] Eles compraram um terreno do Jarbas e passaram a usar mais quatro. Quando eles compraram o terreno do Jarbas, os outros já estavam cercados. Não sei informar quem cercou os terrenos[...] (Flavio Cordoval, f. 401).

> Contudo tais declarações não foram confirmadas por Jarbas Alcides de Souza, vendedor do lote n. 18 aos apelantes (declaração de venda firmada em 27.5.97, f. 55), conforme seu depoimento adiante transcrito:

> [...] No ano de 1994 eu vendi um imóvel residencial no Jardim Aprazível, para os autores. Esse imóvel eu tinha comprado do Renato, mas não sei informar em que ano[...] Desde 1994, quando

> eu vendi o imóvel, os autores estão morando nele. Nunca foram molestados na posse do imóvel. Não sei informar se os autores passaram a ocupar a posse de outros lotes vizinhos do lote dezoito[...] Eu só tenho conhecimento que o autor tenha posse do lote n. 18, não tenho nenhum conhecimento se ele tem a posse sobre outros lotes (f. 400).

Na inicial, os apelantes afirmaram que desde o ano de 1982 os lotes 14, 15, 16 e 17 foram anexados ao de sua propriedade (n. 18), os quais eram utilizados para o cultivo e plantio de hortaliças e pomar.

Ora, do depoimento de Jarbas constata-se com facilidade que ele, anterior proprietário do lote n. 18, não tinha conhecimento de que os lotes 14, 15, 16 e 17 eram anexados ao seu, além do que, foi incisivo em declarar que apenas tinha ciência da posse sobre o lote 18.

Destaca-se que o depoimento da testemunha Maria Aparecida Mata Dias (f. 402) nada acrescenta ao deslinde dos fatos, porquanto apenas declarou que conhecia os autores-apelantes há 19 anos e que José ocupa quatro lotes.

Assim, restou claro que a afirmação constante na inicial de que "*Desde o ano 1982 os lotes de n. 14, 15, 16 e 17, da quadra 23, foram anexados ao lote dos requerentes*" (f. 4) não foi comprovada pois o proprietário do lote n. 18, Jarbas Alcides de Souza, que vendeu o referido imóvel em 1997 aos apelantes, não tinha conhecimento de tal fato.

Alternativamente, pedem os apelantes a aplicação do parágrafo único do art. 1.238 do novo Código Civil, ou seja, reconhecimento da posse desde 1994 (f. 613).

Todavia, tal pleito não será conhecido, pois trata-se de pedido antes não arguido na inicial e, portanto, não discutido no juízo de primeira instância, sendo defeso suscitá-lo na apelação, de acordo com o art. 517 do CPC, por se tratar de inovação à lide, o que, como já dito, não é permitido em sede de recurso.

Nesse sentido a jurisprudência:

> PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PEDIDO CERTO E DETERMINADO. PREMISSA EQUIVOCADA. INOVAÇÃO NA LIDE. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. As razões do recurso especial embasam-se em premissa incompatível com a realidade dos autos – qual seja, a de que o pedido formulado na inicial não foi certo e determinado.
>
> 2. A recorrente busca inovar na lide desde o Tribunal de origem – o que ficou consignado até mesmo no julgamento dos embargos declaratórios –, tentando reverter o fato de não se haver atentado para a emenda à inicial no momento oportuno.
>
> 3. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp n. 891570/RJ, REsp n. 2006/0214634-0, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 2.8.07, DJ 16.8.07, p. 315).

Por outro lado, sem razão os apelantes ao pretendido reconhecimento de ocorrência de sucumbência recíproca, pois se pleiteavam a declaração de usucapião sobre cinco lotes e viram satisfeita sua pretensão tão somente com relação a um, correta a aplicação do art. 21, parágrafo único do CPC.

Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo retido interposto por Antônio Fancelli e esposa, e dá-se provimento ao seu recurso para majorar os honorários advocatícios para o valor de R$ 4.000.00. Nega-se provimento ao recurso interposto por José Alves Filho e esposa. Mantém-se a sentença em seus demais termos.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM PARTE COM O PARECER, AFASTARAM A PRELIMINAR E IMPROVERAM O AGRAVO RETIDO. QUANTO AO APELO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE ANTONIO FANCELLI E NEGARAM PROVIMENTO AO DE JOSÉ ALVES FILHO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 30 de abril de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2005.009097-0 - Campo Grande
## Quinta Turma Cível
## Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE *LEASING* – FIANÇA PRESTADA À PESSOA JURÍDICA ARRENDATÁRIA – ALTERAÇÃO DO QUADRO SOCIAL – IRRELEVÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE SUB-ROGAÇÃO DO FIADOR – *PACTA SUNT SERVANDA* – PREQUESTIONAMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Tratando-se de garantia prestada pelos fiadores à pessoa jurídica e, não expressamente em atenção a seus sócios, a alteração do quadro social da empresa arrendatária, sem a perda de sua identidade e sem a alteração de sua personalidade jurídica, não acarreta, por si só, a exoneração daqueles.

Dadas as características do contrato de *leasing,* ao arrendante é facultado rescindir o contrato e buscar a restituição do objeto que lhe pertence, sendo-lhe, ainda, perfeitamente possível buscar ver-se indenizado pelos danos e prejuízos que lhe advierem da inadimplência do contratante, mormente nos casos em que houver previsão contratual neste sentido.

## 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, 30 de abril de 2009.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

William Fabian de Castro Siqueira, não se conformando com a sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação de cobrança que lhe move a BB. Leasing S.A., interpõe o presente recurso, com vistas a reformá-la.

Sustenta que a fiança por ele prestada possui o caráter *intuitu personae,* porquanto a condição do apelado e a da pessoa jurídica é que inspiraram ao credor confiança suficiente à abertura do crédito.

Diz que não fossem estes motivos, não teria sido prestada a garantia, razão pela qual impõe-se a sua extinção, uma vez que o devedor principal, a pessoa a quem hipotecou confiança em relação ao adimplemento da obrigação, foi substituído na relação jurídica contratual.

Destaca que houve a sucessão da afiançada pela modalidade da incorporação, na qual a sucessora assumiu todo o ativo e passivo da empresa sucedida, sem olvidar que as fianças outrora concedidas também deveriam ser substituídas, conforme previsão da cláusula quinta, alínea "a", do instrumento contratual em questão.

Afirma que restou demonstrada a diferença entre as empresas em relação ao patrimônio, ao quadro social, enfim, a todo fundo de comércio que restou completamente diverso do anterior, razão que impossibilita a declaração judicial de simples continuidade daquela que foi incorporada.

Aduz que se ao credor assistia o direito de, não sendo pago o preço, reaver o bem, ao fiador que paga deve assistir igual direito, sob pena de locupletamento do arrendante que, mesmo recebendo o preço em sua integralidade (composto de prestações e resíduo eventual), ficará com o bem objeto do contrato.

Alega que se a principal garantia da avença é o próprio bem objeto de arrendamento, e o apelado abre mão desse direito, emerge exatamente a situação descrita no Código Civil como ensejadora da extinção da fiança.

Observa que deve ser reformada a sentença que não acolheu a extinção da fiança, pois, por ato do credor, impossibilitou-se ao fiador a sub-rogação nos termos em que se expôs, restando caracterizada a hipótese legal de extinção desse contrato acessório (art. 883, II, do CC).

Defende que o valor pretendido pelo credor já foi pago há muito, pois é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio a remuneração do dinheiro em patamar superior a 1% ao mês.

Requer o provimento do recurso para ser declarada extinta a fiança ou, caso assim não se entenda, para que seja determinada a exclusão da condenação às perdas e danos, especialmente diante da cobrança de juros extorsivos e excessivo lucro do apelado, invertendo-se, em ambos os casos, os ônus da sucumbência.

Por fim, prequestiona a negativa de vigência ao direito federal apontado no artigo 883, II, do CPC, e às normas constitucionais insculpidas no artigo 48, XIII, da CF e 25 do ADCT, para o fim do apelo extremo.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de apelação interposta por William Fabian de Castro Siqueira contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação de cobrança que lhe move a BB. Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil.

Conforme relatado, a pretensão do apelante reside essencialmente em desconstituir a garantia por ele prestada na avença em questão, escorando-se, para tanto, em dois principais argumentos, quais sejam, o caráter *intuitu personae* da fiança e a impossibilidade de sub-rogação do garantidor, que caracterizaria hipótese legal de extinção do contrato acessório (art. 883, II, do CC).

Não obstante as razões do apelo, a meu sentir, não há reparos a serem feitos à sentença.

De início, importante anotar que de uma simples análise da avença em questão, especialmente da sua cláusula 08 (f. 10), vislumbra-se que em se tratando de garantia prestada pelos fiadores à pessoa jurídica, e não expressamente em atenção a seus sócios, a alteração do quadro social da empresa arrendatária, sem a perda de sua identidade e sem a alteração de sua personalidade jurídica, não pode acarretar a imediata exoneração daqueles, como, aliás, bem assentado pelo Juízo sentenciante.

De fato, não há falar na espécie em sucessão de empresas, pois a alteração do contrato social a que se refere o apelante e que se encontra documentada às f. 53-60 dos autos, não faz extinguir a sociedade originariamente afiançada, de maneira que em nada ou em muito pouco influi para definição da existência e extensão da fiança que se discute.

Demais disso, dadas as próprias particularidades do contrato de *leasing*, melhor sorte também não assiste ao recorrente no que se refere à alegação de extinção do pacto acessório em virtude da suposta impossibilidade de sua sub-rogação nos direitos conferidos à empresa credora.

Com efeito, sabe-se que o *leasing* consiste na transferência da posse (e não da propriedade) de um bem mediante pagamento de contraprestações periódicas. Ao final do prazo do ajuste, ao arrendatário são permitidas três opções: a renovação do arrendamento, a extinção do ajuste com a devolução do bem ou a aquisição deste. Em contrapartida, ao arrendante é facultado rescindir o contrato e buscar a restituição do objeto que lhe pertence, sendo-lhe, ainda, perfeitamente possível buscar ver-se indenizado pelos danos e prejuízos que lhe advierem da inadimplência do contratante.

Em sendo assim, não há dúvidas de que a conduta da instituição financeira apelada não implica renúncia expressa ou mesmo tácita da possibilidade de reaver o bem arrendado, mas, ao contrário, reveste-se tão só do regular exercício de um direito.

Há, inclusive, clara previsão contratual neste sentido, *in verbis:*

> 12. RESCISÃO
>
> [...]
>
> 12.2 – Ocorrendo a extinção por quaisquer dos motivos citados no item anterior, a ARRENDATÁRIA obriga-se a: a – restituir os BENS à BB – LEASING no prazo máximo de 20 (vinte) dias corridos, salvo no caso das alíneas "h" e "i"; b – indenizar a BB – LEASING pelo montante correspondente ao total do Valor de Perda Estipulado – VPE; c- suportar, a partir do momento da rescisão, todos os ônus, inclusive e principalmente de ordem pecuniária, originários de obrigações contraídas pela BB – LEASING com terceiros, em razão deste contrato (f. 11).

Incide no caso, portanto, o princípio do *pacta sunt servanda* que, embora não seja absoluto, consagra a liberdade de contratar, resultando o referido contrato de declaração livre e espontânea das partes, devendo ser acatado e respeitado.

A propósito, ensina Washington de Barros Monteiro que: *"[...] aquilo que as partes, de comum acordo, estipularam e aceitaram, deverá ser fielmente cumprido (pacta sunt servanda) [...]."*.

Orlando Gomes também preleciona:

> O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenham de ser cumprido.

[...]

> As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes.

Por fim, quanto ao prequestionamento feito pelo recorrente, faz-se mister destacar que o Juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, pois lhe cabe 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"*.

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 imprescindível à interposição de recurso para a instância superior pressupõe a adoção de tese explícita sobre o tema posto em análise, e não manifestação do Julgador sobre este ou aquele dispositivo legal. (TJMS, AC - Lei Especial - n. 2009.000479-9/0000-00, Brasilândia, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 10.2.09).

A propósito, confira-se 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.

Por todo o exposto, conheço do presente recurso de apelação interposto por William Fabian de Castro Siqueira e nego-lhe provimento, mantendo na íntegra a sentença hostilizada.

Custas recursais a serem suportadas pelo apelante.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 30 de abril de 2009.

***

# Agravo n. 2008.032501-6 - Caarapó
# Quinta Turma Cível
# Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – SUCESSÃO – INVENTÁRIO – PARTILHA DE BEM IMÓVEL – VIÚVA MEEIRA – PRECLUSÃO – NÃO OCORRÊNCIA – AQUISIÇÃO DO BEM QUANDO O CASAL VIVIA SOB UNIÃO ESTÁVEL – QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO – INEXISTÊNCIA – DISCUSSÃO EM SEDE DE INVENTÁRIO – ROBUSTA PROVA DOCUMENTAL – INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO EM TEMPO HÁBIL – DIREITO À MEAÇÃO – PROVIDO.

Gera preclusão a decisão sobre matéria tributária, da qual não resultou interposição de recurso. A decisão, no entanto, não é capaz de alcançar matéria de ordem sucessória, deduzida depois da matéria tributária.

Se os herdeiros, nos autos do inventário, reconheceram a condição de meeira da viúva, sem impugnação do agravado *oportuno tempore* - e as provas documentais também apontam nesse sentido -, forçoso reconhecer o direito à meação, não havendo falar em preclusão.

O juiz remeterá para as vias ordinárias, isto é, determinará que a parte promova a ação própria, quando a questão não estiver provada por documento, depender de outras provas ou for de alta indagação. Todavia, se há provas documentais idôneas a confirmar a condição de meeira da viúva, e o herdeiro discordante não impugna tal condição no momento oportuno, a questão deve ser resolvida no inventário, com o reconhecimento do direito à meação.

## 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, 26 de março de 2009.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Vital Gomes Benites interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Caarapó que, nos autos da Ação de Inventário n. 031.04.002203-0, acolheu impugnação do plano de partilha, no sentido de que a viúva não possui direito à meação, determinando que seja sanada a irregularidade apontada, sob pena de remoção do cargo.

Pediu para que o recurso seja conhecido e provido para revogar a decisão de f. 354-355, declarando, em consequência, que a viúva é meeira do falecido e, como tal, deve receber metade do acervo inventariado, ao argumento de que o fato de o agravado ter nascido antes da aquisição do bem objeto da partilha se constitui em prova inequívoca de que havia uma união estável que assegura o direito à meação.

Instruiu o recurso com os documentos de f. 11-370.

Atribuído o efeito suspensivo ao recurso, requisitaram-se informações ao juiz da causa, prestadas às f. 379-381, sendo apresentada a contraminuta às f. 383-385, requerendo a manutenção da decisão guerreada.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

1. Do interesse processual do inventariante para recorrer.

Embora essa matéria não tivesse sido deduzida nos autos, tenho como inafastável o interesse do inventariante em recorrer. Formulou ele proposta de partilha, como, aliás, já havia feito outros herdeiros. Logo, tem interesse tanto na homologação da partilha quanto na conclusão do inventário.

Nesse norte, recomenda a jurisprudência que,

> [...] 1. Havendo ato jurídico, perfeito e acabado, praticado pela inventariante em nome do espólio, é este parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, que, apesar de não possuir personalidade jurídica, tem capacidade formal para ser parte. 2. Se os bens do espólio, por força sucessória, passam a pertencer ao cônjuge/meeiro e aos herdeiros, estes nada mais são que terceiros prejudicados, o que configura o interesse dos mesmos em intervir na relação jurídica submetida ao Juízo. 3. Sendo o ônus recursal do recorrente e não apresentando este peça indispensável ao desate da controvérsia não se conhece do agravo retido. 4. Comprovado o fato constitutivo do direito da parte, que realizou negócio que subsiste no mundo jurídico, e tendo a ação de imissão de posse a finalidade de permitir ao proprietário não possuidor ter a posse que nunca teve, e que possui todas as exigências legais para tanto, impõe-se imitir a parte na posse do imóvel objeto da demanda. 5. Recurso improvido. (TJES, AC n. 048970172028, Rel. Des. Antônio José Miguel Feu Rosa, julgado 1º.6.99).

Assim, tenho o inventariante como legitimado e com interesse em recorrer.

2. Da preclusão temporal.

Antes de examinar o mérito recursal propriamente dito, conheço da matéria deduzida pelo agravado, quando de sua resposta ao recurso. No caso, alega uma possível preclusão temporal que fulminaria o direito do agravante em submeter ao juízo *ad quem* o reexame da decisão interlocutória.

É bem verdade que se abriu discussão, nos autos do inventário, entre a Fazenda Pública Estadual e a meeira Crescência Gomes. De um lado, a Fazenda Estadual manifestou-se dizendo que a viúva não teria direito à meação do bem em discussão, afirmando que o ITCMD deveria ser recolhido sobre todo o acervo inventariado. De outro lado, a viúva afirmou que é meeira, porquanto, no momento da aquisição do imóvel rural, convivia em união estável com o falecido. Nesse contexto a meeira sustentou, naquela oportunidade (f. 299-301-TJ; f.289-191 do inventário), que sobre a sua parte no imóvel não era devida a incidência do ITCMD, como pretendia a Fazenda Estadual.

Diante do conflito entre o ente público e a meeira, o juízo *a quo* decidiu que o ITCMD deveria ser recolhido com base no valor total do bem. Isto porque, com base nas alegações da Fazenda Pública, entendeu inexistente o direito de meação da viúva sobre o imóvel em discussão, intimando o inventariante, Sr. Alvino Gomes Benites, para o recolhimento do tributo sobre o valor total do bem (f. 324-325-TJMS; 314-315 do inventário). Não houve recurso contra essa decisão. Ato contínuo, foi o ITCMD recolhido pela viúva, tributo com base no valor integral do bem (f. 329-331-TJ; f. 319-321 do inventário), agora com a aquiescência da Fazenda Pública (f. 334; f. 324 do inventário).

Há, de fato, uma questão de ordem processual, a ser debatida neste recurso, como preliminar.

Como bem frisou o douto juízo *a quo*:

> Nos autos do inventário dos bens deixados por Vidal Gomes Filho, a Fazenda Pública e o Espólio, este representado pelo inventariante, controvertem-se acerca da base de cálculo a ser utilizada para o recolhimento do ITCMD, defendendo a Fazenda que o tributo seja recolhido com base no valor integral do imóvel que compõe o acervo, enquanto o Espólio sustenta que deve ser calculado somente com base no valor da meação (sic, f. 324; f.314 do inventário).

Com efeito, naquela ocasião, por força da data da aquisição e do regime de casamento, o douto juízo acolheu o pedido da Fazenda Pública e determinou fosse o tributo recolhido sobre o valor integral do bem.

Num primeiro momento, poderia se questionar a ocorrência de uma possível preclusão em discutir o plano de partilha, com a inclusão da viúva como meeira, por ausência de recurso quanto à decisão da matéria tributária.

Entendo que a preclusão ocorreu apenas e tão-somente quanto à matéria tributária, até porque, muito antes do debate dessa matéria de interesse da Fazenda Pública, tanto a viúva como a maioria dos herdeiros já acenavam quanto à existência de meação, no plano da sucessão, cuja partilha, aliás, fora objeto de rerratificação às f. 335-340 (f. 325-330 do inventário).

A condição de meeira da Srª Crescência, portanto, permaneceu incólume. Isto porque, como se verá, o agravado Alvino Benites não se insurgiu quanto a essa condição durante quase toda a tramitação do inventário.

Com esse raciocínio, rejeita-se a arguição de preclusão temporal do direito do agravante.

3. Mérito do Agravo.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, numa ação de inventário, acolheu impugnação do plano de partilha, no sentido de que a viúva não possui direito à meação, determinando que seja sanada a irregularidade apontada, sob pena de remoção do cargo.

O agravante pede que o recurso seja conhecido e provido para revogar a decisão de f. 364-365, declarando, em consequência, que a viúva é meeira do falecido e, como tal, deve receber metade do acervo inventariado, ao argumento de que o fato de o agravado ter nascido antes da aquisição do bem objeto da partilha se constitui em prova cabal de que havia uma união estável que assegura o direito à meação.

Colhe-se dos autos que a viúva Crescência Gomes casou-se com Vidal Benites pelo regime legal de separação de bens em 20 de julho de 1979 (f. 20-TJ; f.10 do inventário).

Quando da inicial, não obstante as deficiências formais, os herdeiros reconheceram a viúva Crescência como meeira, contemplando-a com uma área de 53 alqueires (f. 15-TJ, f. 5 do inventário), isso em 7.11.2004. De

ver-se que o agravado Alvino Benites, a partir de então, começava a reconhecer a meação de sua mãe, embora de forma implícita.

É que, estabelecida aquela forma de partilha, o agravado Alvino Benites se habilitou no processo em 21.3.2005 (f. 69-TJ, f. 59 do inventário). Manifestando-se nos autos em 3.5.2005, não impugnou aquele esboço de partilha ou o fato de que se atribuiu à sua mãe, dona Crescência, a condição de meeira (f. 90-91-TJ, f. 80-81 do inventário).

Lançando nova manifestação em 31.3.2006, quedou-se o agravado inerte quanto à condição de meeira de sua mãe (f. 150-151-TJ, f. 140-141 do inventário). Também permaneceu inerte na manifestação de f. 202-203-TJ, f. 192-193 do inventário.

Foi a partilha corrigida e novamente referendada a viúva Crescência como meeira (f. 216-219 e 229-232-TJ, f. 206-209 e 219-222 do inventário).

Inquestionável ter sido o imóvel em discussão adquirido em 16 de dezembro de 1958 (f. 58-TJ, f. 48 do inventário). Inquestionável, também, ter o agravado Alvino Benites nascido em 22 de novembro de 1951, na condição de filho de Vidal e de dona Crescência (f. 71-TJ, f. 61 do inventário).

Óbvio que, em 22 de novembro de 1951, quando do nascimento do agravado, já viviam juntos, em sociedade de fato, seus pais Vidal e Crescência, que adquiriram o imóvel rural, objeto da partilha, em 1958, ou seja, mais de sete anos depois do nascimento do agravado. Pergunta-se: seria ou não **Crescência Gomes Benites** meeira daquele imóvel?

A prova documental fornece resposta positiva a essa indagação. De se ressaltar, ainda, que a aquiescência do agravado quanto ao esboço de partilha e à condição de meeira de sua mãe Crescência Gomes, durante todo o trâmite processual, tem como consequência, para ele, a preclusão. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência. *INVENTÁRIO - ESBOÇO DE PARTILHA - PRECLUSÃO - Se a parte interessada é devidamente intimada para falar sobre o esboço de partilha, o seu silêncio sobre o esboço presume aquiescência, operando-se a preclusão. Apelação desprovida.* (TJRS, AC n. 70000437715, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 17.2.00).

Registra-se, por oportuno, que nem toda questão, no inventário, é remetida para as vias ordinárias. Ao comentar o artigo 984 do Código de Processo Civil, sustentou Ernane Fidélis dos Santos que

> [...] o juiz remeterá para as vias ordinárias, isto é, determinará que a parte promova a ação própria, quando a questão não estiver provada por documento, depender de outras provas ou for de alta indagação. Juntada, por exemplo, a certidão de transcrição do imóvel, ou o reconhecimento de filho por escritura pública, qualquer impugnação referente ao teor e valor probatório dos documentos se decide no inventário. Se, porém, o impugnante alega falsidade material do título ou sua nulidade absoluta, em razão de incapacidade do agente, ou de objeto ilícito, se argúi erro, dolo ou coação, a questão depende de outras provas em procedimento regular, sendo as partes remetidas para as vias ordinárias.

Hamilton de Moraes e Barros, por seu turno, argumenta que *se a questão for uma questão de fato e o fato já tiver provado por documento nos autos do inventário, o juiz conhecerá dessa questão e a irá decidir como de direito*, assevera que *as mais difíceis ou intrincadas questões, quando são apenas questões de direito, podem ser decididas no inventário*. Conclui dizendo que *alta indagação não é, assim, uma intrincada, difícil e debatida questão de direito.*

A jurisprudência, inclusive do STJ, também admite que se discuta tema dessa natureza em inventário, *in verbis*:

> DIREITO CIVIL. INVENTÁRIO. DOAÇÃO EM VIDA. ART. 1.776, CC/ 1916. POSSIBILIDADE DE PREJUÍZO DA LEGÍTIMA. ARGÜIÇÃO POR UM DOS HERDEIROS. QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO NA SEDE DO INVENTÁRIO. RECURSO DESACOLHIDO. I - Na linha da doutrina e da jurisprudência desta Corte, questões de direito, mesmo intrincadas, e questões de fato documentadas resolvem-se no juízo do inventário e não na via ordinária [...] (STJ, REsp n. 114.524-RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 27.5.03, não conheceram, v.u., DJU 23.6.03).
>
> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS - QUESTÃO DE DIREITO - EXISTÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL - REMESSA DOS INTERESSADOS ÀS VIAS ORDINÁRIAS - INVIABILIDADE - AUSÊNCIA DE MATÉRIA DE ALTA INDAGAÇÃO - PROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 904 DO CPC. Se a prova documental é o único meio para demonstrar a controvérsia instaurada no procedimento de Inventário e, constando ela dos autos, não há que se falar em matéria de alta indagação, sendo indevida a remessa dos interessados para a solução da questão nas vias ordinárias. (TJMG, PROC n. 10024928892660001(1), Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, DJ 4.4.06).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO – II – AUTOS DE INVENTÁRIO – III – DECISÃO QUE INDEFERIU A HABILITAÇÃO DE CONCUBINA QUE PARTICIPOU FINANCEIRAMENTE NA COMPRA DO ÚNICO IMÓVEL OBJETO DO INVENTÁRIO – IV – CONVIVÊNCIA MORE UXÓRIO AMPLAMENTE COMPROVADA ATRAVÉS DAS PROVAS COLACIONADAS – V – RECURSO PROVIDO – A determinação de obter nas vias ordinárias o reconhecimento do concubinato, sem que haja impugnação da situação jurídica, para, ao depois ser admitida no inventário, não atende aos princípios processuais referentes à boa distribuição da justiça. Apresentação de provas eficientes daquela qualidade [...]. Reforma da decisão para admitir o ingresso da requerente, nos autos de inventário, sem prejuízo de julgamento de eventuais impugnações (TJRJ, Ag n. 1529/95, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Roberto Wider, julgado em 10.10.95). (TJPR, Ag n. 0112019-2 – (8751), Curitiba, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Bonejos Demchuk, DJPR 1º.7.02).

Ainda, o princípio da lealdade processual, norteador do nosso Código de Processo Civil, determina que *"as partes arguam de pronto os vícios dos atos processuais, a fim de que o processo não se encaminhe defeituosa ou inutilmente. Qualquer que seja a nulidade, em princípio, por dever de lealdade, deve ser arguida pela parte interessada na sua declaração, na primeira oportunidade em que lhe couber falar no feito."*

O agravado Alvino Benites, como dito, durante todo o trâmite processual da ação de arrolamento, convertida em inventário, não se opôs quanto à condição de meeira da Srª Crescência Gomes, sua mãe. No entanto, quando do pedido de homologação do plano de partilha pela meeira e os 9 (nove) herdeiros, o recorrido compareceu nos autos dizendo que a sua mãe, Srª Crescência, não teria direito à meação, requerendo que outro plano de partilha fosse oferecido, o que foi atendido pelo juízo *a quo,* o que motivou o presente recurso.

Reputo impertinente a irresignação do agravado. Não é concebível que o processo, como instrumento a serviço do direito material, permaneça à mercê dos interesses das partes, reabrindo-se discussões sobre matérias não impugnadas em tempo oportuno.

Nesse contexto, deve-se dar provimento ao recurso porque o agravado, repita-se, teve inúmeras oportunidades, mas em momento algum se insurgiu quanto à condição de meeira de sua mãe Crescência Gomes, só o fazendo a destempo. Por outro lado, sobreleva o fato, como já dito, que existe prova documental idônea de que a viúva já vivia com o falecido, em união estável, quando da aquisição do imóvel a ser partilhado.

Destarte, dá-se provimento ao recurso para, em cassando a decisão de primeiro grau, declarar que a viúva é meeira do falecido e, como tal, deve receber a metade do acervo inventariado.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 26 de março de 2009.

***

# Agravo n. 2008.037856-7 - Miranda
# Quinta Turma Cível
# Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR – DESOCUPAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – IMPOSSIBILIDADE – *PERICULUM IN MORA* INEXISTENTE – OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA – PROIBIÇÃO DE USO DAS EDIFICAÇÕES POR TERCEIROS – IMPERTINÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE AS EDIFICAÇÕES ESTÃO SENDO UTILIZADAS POR TERCEIROS – DECISÃO MANTIDA – IMPROVIDO.

Não é razoável determinar a desocupação sumária de área edificada, em sede liminar, sob o pretexto de preservação do meio ambiente, sem o exercício do contraditório e da ampla defesa, mormente se a suposta degradação ambiental data de mais de quatro anos, onde se constata a ausência de perigo de lesão grave e de difícil reparação.

Incabível a concessão de liminar consistente em proibir o uso de terceiros na área de preservação permanente, se não há nem sequer indícios de que a área edificada vem sendo utilizada para fins de comércio, mas, a princípio, para o uso familiar.

## 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 contra o parecer.

Campo Grande, 30 de abril de 2009.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Ministério Público Estadual interpôs agravo de instrumento contra a decisão do juízo da 1ª Vara da Comarca de Miranda que, nos autos da ação civil pública movida contra Thetônio dos Reis Costa Neto e outro (autos n. 015.08.001578-0), indeferiu em parte as medidas de urgência postuladas na exordial.

Pretende-se, através deste recurso, o deferimento de medida liminar para determinar aos agravados, no prazo de 15 (quinze) dias, a desocupação da área de preservação permanente e a não utilização da edificação levantada às margens do Rio Salobra, no Assentamento Canaã, sob pena de multa diária, bem como determinar medida de não-fazer, para que os agravados se abstenham de conceder ou permitir o uso por terceiros da área de preservação permanente, também sob pena de multa diária.

Em seu arrazoado (f. 4-25), afirmou que as edificações levantadas pelos agravados estão dentro de área de preservação permanente, ou seja, a menos de 50 metros de distância do Rio Salobra, causando danos ao meio ambiente, em total desrespeito à legislação de regência.

Asseverou que há farto material probatório, conclusivo de que está ocorrendo grave dano ambiental, merecendo reforma a decisão que negou as medidas liminares.

Prequestionou dispositivos legais e, ao final, pediu o provimento do agravo, para determinar, no prazo de 15 (quinze) dias, a desocupação da área de preservação permanente e a não utilização da edificação levantada às margens do Rio Salobra, no Assentamento Canaã, bem como a proibição de se conceder ou permitir o uso por terceiros da área de preservação permanente, tudo sob pena de multa diária no valor de R$ 5.000,00 por dia de descumprimento, a ser revertida em favor do Fundo Municipal de Meio Ambiente.

Instruiu o recurso com os documentos de f. 26-297.

Recebido o agravo no efeito devolutivo (f. 255), foram requisitadas as informações ao juiz da causa, prestadas às f. 303-304, bem como intimados os recorridos, que não se manifestaram.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às f. 324-331, opinando pelo provimento do agravo.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão do juízo da 1ª Vara da Comarca de Miranda que, nos autos da *ação civil pública* movida contra Thetônio dos Reis Costa Neto e outro (autos n. 015.08.001578-0), indeferiu em parte as medidas de urgência postuladas na exordial.

Como relatado, pretende-se, através deste recurso, o deferimento de medida liminar para determinar aos agravados, no prazo de 15 (quinze) dias, a desocupação da área de preservação permanente e a não utilização da edificação levantada às margens do Rio Salobra, no Assentamento Canaã, sob pena de multa diária, bem como determinar medida de não-fazer, para que os agravados se abstenham de conceder ou permitir o uso por terceiros da área de preservação permanente, também sob pena de multa diária.

Constata-se que o presente recurso foi manejado sob a vigência da nova disposição do art. 522 do CPC que, em decorrência das alterações promovidas pela Lei n. 11.187/2005, passou a ter a seguinte redação.

> Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

Pela nova sistemática aos recursos interpostos contra decisões interlocutórias, é necessário que o recorrente demonstre em que consiste a lesão grave e de difícil reparação que irá suportar por conta do despacho objurgado, imprimindo ao requisito do *periculum in mora* uma natureza de autêntico pressuposto para admissibilidade ou provimento do agravo de instrumento.

No caso versando, por mais esforço que se faça, não se vislumbra perigo de lesão grave ou de difícil ou incerta reparação caso as providências requeridas sejam apreciadas apenas com o provimento judicial último. Explico melhor.

O agravante afirma que o meio ambiente vem sendo constantemente degradado pela ação dos recorridos, porquanto as edificações não poderiam existir naquela localidade de preservação permanente, a menos de 50 metros do Rio Salobra.

De fato, as provas caminham neste sentido.

Entretanto, compulsando os autos, em uma análise desarmada, não há prova **contundente** de que houve contaminação do solo e das águas do Rio Salobra em decorrência de ação predatória dos agravados, a justificar o deferimento das medidas de urgência. Em que pese o direito de todo cidadão em viver num ambiente ecologicamente equilibrado, tal como dispõe o art. 225 da lei maior, também é direito do cidadão de usar, fruir e gozar a propriedade.

Não soa razoável desapossar os agravados de suas terras, na fase inicial do processo, sem lhes conferir o direito ao contraditório e à ampla defesa, mormente se se considerar que as edificações não se tratam de empreendimentos de grande monta. Não há, ainda, nem sequer indícios de que os agravados utilizam as edificações para fins de comércio e/ou turismo.

De outro norte, quanto ao perigo de dano, imperioso colacionar excerto da bem lançada decisão de primeiro grau, que ora transcrevo, *in verbis:*

> Com efeito, somente em 16 de outubro do ano corrente, ou seja, após 4 anos e 8 meses, contados da data em que tomou conhecimento dos fatos através de ofício encaminhado pelo Instituto de Águas da Serra da Bodoquena, que solicitava providências para verificação de danos ambientais em área de preservação permanente, decorrentes de desmatamento nas margens do Rio Salobra em Bodoquena/MS e para investigar se construções ali realizadas, possuem autorizações, o representante do 'Parquet' ingressou com a presente ação, formulando pedidos liminares[...] Os laudos técnicos juntados aos autos, no entanto, mesmo depois de quase cinco anos, contados da data em que o autor teve conhecimento dos fatos, não tiveram o condão de esclarecer, se a conduta dos requeridos, em ocupar casa existente em área de preservação permanente, tem ocasionado a contaminação do solo ou do rio salobra.

Ao que se vê, não há perigo de lesão grave e de difícil reparação. A suposta degradação às margens do Rio Salobra supera em mais de quatro anos (f. 75-TJMS). Forçoso convir, então, que urgência não há.

De se registrar, ainda, que a tese lançada no agravo está em dissonância com o posicionamento desta Corte, que não vem admitindo, via de regra, o desapossamento sumário de proprietários de edificações como no caso retratado nos autos da ação civil pública, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como da dignidade da pessoa humana. Confira-se o precedente:

> E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EXTINÇÃO DO PROCESSO POR CARÊNCIA DA AÇÃO, RECONHECIMENTO: DE LITISPENDÊNCIA; DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO; DA COMPETÊNCIA DO IMASUL PARA EMISSÃO DA LICENÇA DE OPERAÇÃO E DE SUA VALIDADE; DA LEGALIDADE DO TAC – MATÉRIAS NÃO CONHECIDAS – AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – NULIDADE DA DECISÃO POR DEFICIÊNCIA NO RELATÓRIO OU POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA, CONSIDERANDO A UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA – AFASTADAS – INTERVENÇÃO DO IBAMA NA QUALIDADE DE AMICUS CURIAE – POSSIBILIDADE – CONCESSÃO DE LIMINAR – PRETENSÃO QUE MAIS SE AMOLDA À TUTELA ANTECIPADA – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CPC APENAS PARA VEDAR A PRÁTICA DE ATOS DE DEGRADAÇÃO AMBIENTAL, DESMATAMENTOS E MODIFICAÇÃO DA FAUNA E FLORA NATIVAS DA ÁREA DE RESERVA PERMANENTE QUE MARGEIA O RIO IVINHEMA – AUTORIZAÇÃO APENAS DE OCUPAÇÃO DA ÁREA E UTILIZAÇÃO DAS EDIFICAÇÕES

ALI CONSTRUÍDAS – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO EM PARTE.

[...]

A tutela antecipada só deve ser concedida se presentes os requisitos contidos no artigo 273 do CPC, quais sejam, a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso do direito de defesa.

Se a questão foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais e constitucionais prequestionados.

Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, em parte provido. (Ag n. 2008.034844-7/0000-00, Nova Andradina, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 13.4.09).

Por fim, quanto ao prequestionamento feito pelo recorrente, faz-se mister destacar que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, pois lhe cabe a incidência do brocardo *da mihi factum dabo tibi jus*.

Destarte, se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais invocados pela parte, conforme se pode conferir da seguinte ementa, transcrita apenas na parte que interessa, *in verbis*: *"O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais"* (TJMS, ED n. 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 12.98, DJ 24.2.99).

Pelo exposto, conheço do recurso e, contra o parecer, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão invectivada.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO CONTRA O PARECER.

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, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 30 de abril de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2008.015601-9 - Campo Grande
## Terceira Turma Cível
## Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE – DIREITO DE A COMPANHEIRA RECEBER PENSÃO POR MORTE EM CONJUNTO COM A EX-ESPOSA DO SEGURADO – PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA INEXISTENTES – UNIÃO ESTÁVEL DEMONSTRADA NOS AUTOS – DIREITO DA COMPANHEIRA – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Não prevendo a legislação da época do óbito a prescrição ou decadência do direito ao recebimento do benefício, mas apenas as prestações vencidas nos últimos anos, não há como reconhecer tais prejudiciais de mérito, notadamente quando a própria legislação atual só fala em decadência do direito de revisão do benefício.

Restando demonstrada a união estável entre o falecido e dita companheira por diversos elementos de convicção, é de reconhecer o direito da companheira de concorrer com a ex-esposa do falecido, da qual já era separado de fato e, depois, judicialmente, à percepção de pensão por morte.

A existência de esposa separada de fato e até judicialmente do falecido não exclui o direito da companheira.

É presumível a dependência econômica da companheira para ser classificada como beneficiária de pensão por morte.

APELAÇÃO CÍVEL – PENSÃO POR MORTE – TERMO *AQUO* – CITAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Nos termos do § 2º do art. 1.536 do CC/2002 c.c. art. 219 do CPC, no caso de obrigação ilíquida, os juros de mora devem ser computados a partir da citação válida, notadamente porque está é quem constitui em mora o devedor.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, conhecer do recurso do Estado de Mato Grosso do Sul, mas improver. Recurso de Esmerinda de Oliveira: conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do relator. Votação unânime.

Campo Grande, 1º de abril de 2009.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Esmerinda de Oliveira, irresignada com parte da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na "ação de concessão de pensão por morte" que propôs contra o Fundo de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – MS PREV e contra Maria José Freire, tendo o Estado de Mato Grosso do Sul integrado o polo passivo da lide, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Aduz que o Juízo de primeiro grau reconheceu que tanto a apelante, que era companheira do servidor (inspetor de polícia) falecido, quanto à ex-esposa deste, que recebia pensão alimentícia, teria direito a receber o benefício de pensão por morte, observando o direito do filho incapaz.

Contudo, o direito da apelante só teria sido reconhecido a partir do trânsito em julgado da sentença, pelo que argumenta que teria direito a tal benefício a partir do pedido administrativo junto ao órgão de previdência, pelo que requer a reforma da sentença para ser reconhecido seu direito de receber essas verbas atrasadas.

O Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, também apela, defendendo a decadência e a prescrição do direito da companheira do falecido, já que o pedido administrativo data de 22 de janeiro de 2007 e o servidor faleceu em 5 de junho de 1988.

No mérito propriamente dito, afirma que a única prova da união estável entre o falecido e a apelada seria cópia do termo de audiência realizada nos autos de justificação judicial, sendo que o apelante não teria sido intimado para acompanhar tal processo, sem contar que tal procedimento não poderia ensejar um juízo absoluto de valor, além de inexistir prova de que a alegada união estável tenha perdurado até o óbito do servidor.

Ainda, a apelada não teria provado sua dependência econômica para lhe assegurar o direito ao benefício e a existência de esposa do servidor falecido afastaria a possibilidade da companheira receber a pensão por morte.

As partes recorrentes apresentaram suas respectivas contra-razões ao recurso do adversário, pugnando cada qual pelo improvimento.

## VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Consoante relatado, trata-se de dois recursos de apelação interpostos por Esmerinda de Oliveira e pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na "ação de concessão de pensão por morte" proposta pela primeira originariamente contra o Fundo de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – MS PREV e contra Maria José Freire, sendo que o Estado assumiu o pólo passivo no lugar do MS PREV, que foi excluído da lide.

Informa a apelante Esmerinda de Oliveira que o Juízo de primeiro grau reconheceu que tanto a apelante, que era companheira do servidor (inspetor de polícia) falecido, quanto à ex-esposa deste, que recebia pensão alimentícia, teria direito a receber o benefício de pensão por morte, observando o direito do filho incapaz.

Aduz que, apesar desse reconhecimento, tem direito a tal benefício a partir do pedido administrativo junto ao órgão de previdência, e não a partir do transito em julgado da sentença, pelo que, requer sua reforma para ser reconhecido seu direito de receber essas verbas atrasadas.

Já no recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, defende o recorrente ter se operado a decadência e a prescrição do direito da companheira do falecido, já que o pedido administrativo data de 22 de janeiro de 2007 e o servidor faleceu em 5 de junho de 1988.

No mérito propriamente dito, afirma que a única prova da união estável entre o falecido e a apelada seria cópia do termo de audiência realizada nos autos da justificação judicial, sendo que o apelante não teria sido intimado para acompanhar tal processo, sem contar que tal procedimento não poderia ensejar um juízo absoluto de valor, além de inexistir prova de que a alegada união estável tenha perdurado até o óbito do servidor.

Ainda, a apelada não teria provado sua dependência econômica para lhe assegurar o direito ao benefício e a existência de esposa do servidor falecido afastaria a possibilidade da companheira receber a pensão por morte.

As partes recorrentes apresentaram suas respectivas contra-razões ao recurso do adversário, pugnando cada qual pelo seu improvimento.

Por ordem de prejudicialidade, analiso, em primeiro lugar, o recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Do recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul

Da prescrição e decadência

Alega o recorrente ter se operado a decadência e a prescrição do direito da companheira do falecido, já que o pedido administrativo data de 22 de janeiro de 2007 e o servidor faleceu em 5 de junho de 1988.

Como é cediço, em nome da estabilidade e da segurança das relações sociais, a parte deve recorrer ao Poder Judiciário para deduzir sua pretensão, já que o exercício de um direito não pode ficar pendente indefinidamente, devendo, portanto, ser exercido por seu titular em certo lapso temporal. Dessa forma, pode-se apresentar o instituto da prescrição como sendo a perda da pretensão condenatória em face do decurso do tempo. Já a decadência classifica-se como o perecimento do direito pelo decurso do prazo fixado ao seu exercício, sem que seu titular o tivesse exercido.

Vale dizer, a prescrição extingue a pretensão ao direito de ação válida, ao passo que a decadência extingue o próprio direito.

*In casu,* não há que se falar em prescrição ou mesmo em decadência.

Primeiro porque, conforme bem mencionou o Juízo de primeiro grau à f. 145, a Lei n. 204/1980, em vigor na época do óbito do servidor em questão e que deve ser observada em razão do princípio *tempus regit actum,* não previa o instituto da decadência, mas apenas o da prescrição das prestações não reclamadas no prazo de cinco anos, estando expresso no artigo 111 da referida Lei que o direito em si ao benefício era imprescritível, podendo ser reclamado a qualquer tempo, observado, apenas, repita-se, o prazo prescricional de cinco anos quanto às prestações pretéritas.

Ademais, o próprio § 1° do artigo 92 da Lei n. 3.150/2005 invocado pelo Estado em sua apelação dispõe que *"é de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, o dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo*".

Ou seja, acaso se admitisse a aplicação dessa norma no presente caso, estando nela expresso que o prazo de decadência em questão é para a **revisão do ato de concessão, iniciando-se o prazo a partir do mês**

**seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou do ineferimento** administrativo, não haveria que se falar em decadência, porquanto este último somente ocorreu em 2007, não podendo a lei de 2005 retroagir a data do óbito (1988), sob pena de ofensa ao já citado princípio *tempus regit actum.*

Ademais, o caso dos autos não versa sobre revisão em si de benefício, mas sim sobre sua concessão em relação à autora/apelada e, até agora não houve o recebimento do benefício pela autora/apelada, sendo que o indeferimento de seu pedido na via administrativa só se deu em 2007, donde é impossível falar-se em decadência ou mesmo em prescrição.

Não bastasse isso, há ressaltar o fato de que a autora, ora apelada, não fora inscrita como dependente do falecido e o reconhecimento de sua união estável com o mesmo vem ocorrendo à medida que tal questão se fez necessária a garantia de seus direitos.

Ou seja, dadas as peculiaridades dos autos, o direito da recorrida ao recebimento de pensão por morte de seu falecido companheiro não se deu imediatamente com o seu óbito, mas sim a partir do momento em que a união estável havida entre os dois foi supostamente reconhecida, razão pela qual não há que se falar em prescrição.

A respeito, o STJ já decidiu, *in verbis:*

> EMBARGOS DE DIVERGENCIA. PENSÃO PREVIDENCIARIA. NÃO PRESCREVE O DIREITO AO BENEFICIO DA PENSÃO PREVIDENCIARIA QUE TEM CARATER ALIMENTAR, LIMITANDO A PRESCRIÇÃO AS PRESTAÇÕES ANTERIORES AO QUINQUENIO QUE PRECEDE A PROPOSITURA DA AÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGENCIA REJEITADOS.
>
> (REsp n. 23.627/RJ, Primeira Seção, Rel. Min. José de Jesus Filho, julgado em 25.6.97, DJ 8.9.97, p. 42420).
>
> PREVIDENCIARIO. PENSÃO DEIXADA PELO FALECIMENTO DO COMPANHEIRO. PRESCRIÇÃO.
>
> I - O DIREITO AO RECEBIMENTO DA PENSÃO É IMPRESCRITIVEL, PRESCREVENDO-SE, APENAS, AS PARCELAS QUINQUENAIS ANTERIORES A CITAÇÃO. PRECEDENTES DO S. T. J.
>
> II - INAPLICAÇÃO A ESPÉCIE DO ART. 1. DO DECRETO N. 20.910, DE 1932. DISSIDIO PRETORIANO NÃO CONFIGURADO.
>
> III - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp n. 12.409/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 23.8.93, DJ 13.9.93, p. 18553).

Logo, não ocorrendo a alegada prescrição ou decadência do direito da apelada, rejeito tal prejudicial de mérito.

**Do mérito**

**Do direito da companheira**

Defende o recorrente que não haveria prova suficiente da união estável entre a apelada e o falecido e tampouco que tal união tenha perdurado até o óbito, não podendo os autos de justificação judicial servir de prova ante a não participação do Estado ou do MS PREV naquele feito. Ainda assevera que referidos autos de

justificação judicial não pode ser considerado prova absoluta e a existência da esposa do segurado excluiria o direito da companheira, até porque esta não comprovou sua dependência econômica.

*In casu,* cumpre esclarecer que, independentemente dos autos de justificação judicial, restou provado no presente feito que o falecido teve dois filhos com a apelada, além ex-esposa do *de cujus* e litisconsorte passiva Maria José Freire declarou (f. 55) informou que o mesmo havia constituído nova família.

Tais fatos indicam a existência de união estável entre o segurado falecido e a recorrida, o que confirma os elementos indiciários de convicção que se extrai dos autos de justificação e dos próprios autos do inventário do falecido (f. 58-83).

Dessa forma, conclui-se que efetivamente a apelada era companheira do falecido até a data de seu óbito e a contraprova disso caberia ao apelante ou à litisconsorte passiva Maria José Freire produzir, como fatos impeditivos, extintivos ou modificativos dos direitos da autora (art. 333, II, do CPC). Porém, os requeridos quedaram-se inertes nesse mister, concordando com o julgamento do feito no estado em que se encontrava, o que demonstra que não tinham qualquer outra prova em contrário a produzir.

Também não se pode dizer que o fato de o falecido possuir esposa, por si só, afasta a pretensão inicial, notadamente no caso dos autos.

Isso porque, a Sra. Maria José Freire, em verdade, trata-se de ex-esposa do falecido, pois à época de seu óbito já estava dele separada judicialmente e seu direito a pensão por morte só foi reconhecido pelo fato de ela já vir recebendo pensão alimentícia judicialmente fixada. Ou seja, não se pode sequer dizer que existia concubinato impuro, pois o falecido não mantinha mais o dever de fidelidade e coabitação com Maria Freire após a separação, não havendo qualquer impedimento ao reconhecimento de sua união estável com a apelada.

Portanto, mesmo que eventualmente a legislação da época do óbito preterisse a companheira do segurado em benefício de sua esposa, no caso em epígrafe houve a separação judicial antes do óbito, além da própria separação de fato igualmente incontroversa nos autos.

Ademais, o entendimento moderno a respeito do assunto é de que a esposa e a companheira, independentemente da existência de separação judicial ou divórcio, têm o mesmo direito à eventual pensão por morte.

Nesse sentido:

> DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO – COMPANHEIRA – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 3º – 1- A prova testemunhal, quando coerente com outros elementos dos autos, mostra-se eficaz para comprovar a existência de união estável. 2- O falecido ex-servidor conviveu, em épocas distintas, com duas mulheres, tendo uma filha com a autora, cujo nascimento se deu antes do casamento dele com a 2ª ré. Ao falecer, ao que tudo indica estava em companhia da autora. Essa situação é mais ou menos semelhante àquela em que a pessoa casada se separa, de fato, e passa a conviver com outra, sem desfazer o casamento. Nessas hipóteses, a jurisprudência firmou-se no sentido de que a pensão por morte deve ser dividida entre a ex-esposa e a companheira. 3- A prova documental apresentada aponta no sentido da união estável entre a autora e o ex-servidor falecido. Dentre vários documentos, destaca-se as cópias de documentos pessoais do falecido ex-servidor, quais sejam, carteira de identidade e cartão de identificação do contribuinte- CIC; Título de eleitor, carteira de identidade do Ministério da Saúde, comprovante de rendimento do Ministério da Saúde. Essas provas servem para demonstrar a convivência marital, visto que tais documentos normalmente ficam com quem tinha relações familiares com o falecido. Acresça-se a isso a declaração do Imposto de Renda, na qual a autora aparece como dependente do falecido ex-servidor, conta conjunta deles no Banco do Brasil e o nascimento de uma filha desse relacionamento, devidamente comprovado. Ela nasceu em 16-06-1974. 4- Por outro lado, o endereço do ex-servidor falecido era o mesmo da autora, conforme se verifica da certidão de óbito dele. A autora apresentou,

ainda, fotografia, que embora não possa ser considerada como prova documental, em face da ausência do negativo, serve como reforço das outras provas, mesmo porque não foi impugnada pelos réus. 5- A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a falta de designação expressa da companheira como beneficiária, como prevista no art. 217, I, "c", da Lei n. 8.112/90, não constitui óbice a concessão de pensão (STJ, AgRg no REsp n. 553636, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 3.11.04, pg. 248) 6. Remessa necessária improvida (TRF Segunda Região, REO-AC n. 2006.51.01.009177-4 (403879), Quinta Turma Especial, Rel. Des. Fed. Antônio Cruz Netto, julgado em 21.5.08, p. 177).

ADMINISTRATIVO – MILITAR – PENSÃO POR MORTE – COMPANHEIRA – COMPROVAÇÃO UNIÃO ESTÁVEL – EX-ESPOSA DO DE CUJUS PRETENDE CANCELAMENTO DA PENSÃO OUTORGADA À COMPANHEIRA DO MESMO – I- A Constituição Federal, em seu art. 226, prevê que é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. II- *In casu*, comprovou-se a união estável entre o militar e sua companheira, assegurando-lhe, assim, o direito à pensão por morte. III- Apelação da Parte Autora improvida (TRF Segunda Região, AC n. 2002.51.01.025217-0, (411231) , Sétima Turma Especial, Rel. Des. Fed. Reis Friede, julgado em 21.5.08, p. 210).

PENSÃO POR MORTE – COMPANHEIRA E ESPOSA – RATEIO – É devida a pensão por morte à companheira, por comprovado que, na data do óbito do segurado, com ele convivia em união estável, devendo o benefício ser rateado com a ex-esposa, que já recebia o benefício (TRF Quarta Reginão, AC n. 2003.72.05.002784-7, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Rômulo Pizzolatti, DJ 7.2.08).

Também, esse Tribunal já decidiu:

MANDADO DE SEGURANÇA – PRESCRIÇÃO AFASTADA – SERVIDOR – PENSÃO POR MORTE INDEFERIDA – COMPANHEIRA – PREFERÊNCIA DA ESPOSA – VIOLAÇÃO ART. 226, § 3°, CF – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA LEGALIDADE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO VERIFICADO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Tratando-se de ato omissivo continuado, não há falar em prescrição.

A companheira de servidor falecido é equiparada à cônjuge e deve receber o mesmo tratamento dispensado à esposa e aos filhos, não havendo falar em ordem de preferência para pagamento da pensão por morte, devendo esta ser rateada, sob pena de afronta ao art. 226, § 3°, da CF, bem como ao princípio constitucional da isonomia. (TJMS, MS n. 2006.019496-5, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 12.2.07).

MANDADO DE SEGURANÇA – PREVIDENCIÁRIO, PENSÃO POR MORTE – COMPANHEIRA – EXCLUSÃO POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO, SOB A ALEGAÇÃO DE SER ELA DE CLASSE INFERIOR AOS DESCENDENTES, SEM DIREITO À METADE DA PENSÃO DEVIDA – ILEGALIDADE.

A união estável é equiparada ao casamento, por força do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Possuindo o Estado-membro competência legislativa concorrente com a União, que edita normas gerais, e estando estabelecido na legislação federal que a companheira concorre em igualdade de condições com os descendentes no recebimento da pensão por morte do companheiro, não pode a legislação estadual disciplinar de forma diferente, por ofensa aos artigos 24, XII, § 4º, 201, V, e 226, § 3º, da Constituição Federal, notadamente porque o próprio Estado de Mato Grosso do Sul editou a Lei n. 2.207/00, que instituiu seu regime previdenciário, em que estabeleceu, no artigo 6º, I, que o cônjuge, companheiro ou companheira, bem assim como os filhos solteiros, fazem jus à pensão por morte do servidor público estadual, sem exclusão de uns em relação aos outros.

> O artigo 9º da Lei n. 204/80, enquanto esteve vigente, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ferindo o princípio da isonomia, tratado na magna carta federal qualquer disposição que estabeleça distinção, hierarquia ou subordinação entre o companheiro e os descendentes do de cujus, para recebimento dos benefícios da previdência social estatal.
>
> Mandado de segurança julgado procedente para assegurar à impetrante o direito de receber pensão por morte de seu companheiro, a ser rateado com a descendente, e com ordem para as autoridades impetradas incluírem a impetrante como dependente de seu falecido companheiro. (TJMS, MS n. 2006.006676-9/0000-00, Capital, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 14.8.06).

O STJ já decidiu:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. PENSÃO. COMPANHEIRA. DESIGNAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. RATEIO COM EX-CÔNJUGE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ART. 1º DA LEI N. 8.917/94. SEPARAÇÃO DE FATO. COMPROVAÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que 50% da pensão por morte de militar é devida aos filhos e a outra metade deve ser dividida entre a ex-esposa e a companheira, não havendo falar em ordem de preferência entre elas.
>
> 2. Nos casos em que estiver devidamente comprovada a união estável, a ausência de designação prévia de companheira como beneficiária não constitui óbice à concessão de pensão vitalícia. Precedentes.
>
> 3. Reconhecida a separação de fato do militar e sua ex-esposa com base no contexto probatório carreado aos autos, é vedada, em sede de recurso especial, a reforma do julgado, nos termos da Súmula 7/STJ.
>
> 4. Recurso especial conhecido e improvido. (STJ, REsp n. 544803/RJ; REsp n. 2003/0106315-7, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 28.11.06) (grifei).

Esclarecidas essas questões, também não há dizer que seria necessário a apelada comprovar sua dependência econômica em face do falecido, pois, do mesmo modo que a esposa e filhos não precisam provar isso, por ser tal dependência legalmente presumida, a companheira igualmente não precisa.

Nesse sentido, eis os seguintes julgados:

> Presume-se a dependência econômica da companheira, aliás, evidenciada pela prova produzida (TRF Terceira Região, AC n. 2008.03.99.005840-0, (1277092),Décima Turma, Rel. Des. Fed. Castro Guerra, DJU 30.4.08, p. 788).
>
> Comprovada a condição de segurado do de cujus e sendo presumida a dependência econômica da companheira, faz jus a autora ao benefício pleiteado. (TRF Terceira Região, AC n. 98.03.087861-1, SP, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Oliveira Lima, DJU 28.12.99).

Assim, conheço do recurso de apelação do Estado e nego-lhe provimento.

**Do recurso interposto por Esmerinda de Oliveira**

Pretende a apelante a reforma da sentença para alterar a data a partir da qual tem direito ao recebimento do benefício, em conjunto com a esposa do falecido e o filho incapaz deste.

O Juízo de primeiro grau fixou a partir da data do transito em julgado, enquanto que a apelante pretende que seja a partir da data de seu pedido administrativo junto ao órgão de previdência.

A pretensão recursal da apelante merece provimento em parte.

É que o pedido administrativo de f. 20-22 foi endereçado e respondido pela CASSEMS (que não é órgão de previdência – f. 14) e não pelo Estado através do MS PREV. Logo, não houve pedido administrativo junto ao Estado.

É sabido que o § 2º do artigo 1.536 do Código Civil dispõe que, no caso de obrigação ilíquida, devem ser computados a partir da citação válida. Em contrapartida, o artigo 219 do Código de Processo Civil estabelece que a citação válida constitua em mora o devedor. Portanto, os juros devem incidir a partir da citação válida, oportunidade na qual o devedor foi efetivamente constituído em mora.

Vale dizer, tendo o Estado perdido a demanda, recaem sobre ele os efeitos da mora insertos no já citado artigo 219 da Lei Processual Civil e, assim, tem a apelante direito de receber a sua parcela da pensão por morte reconhecida pelo Juízo de primeiro grau desde a citação.

Nesse sentido:

> O termo inicial do benefício é o da data da citação, na falta de recurso administrativo, a teor do disposto no art. 219 do Código de Processo Civil (TRF Terceira Região, AC n. 2005.03.99.013096-0, (1016867), Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, DJU 17.4.08, p. 416).

Também, este Tribunal já decidiu em casos assemelhados, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – CAMINHÃO QUE INVADE A CONTRA-MÃO DE DIREÇÃO – PREPOSTO – CULPA COMPROVADA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA – DENUNCIAÇÃO À LIDE – SEGURADORA – MORTE DO GENITOR DA FAMÍLIA – PENSÃO MENSAL DEVIDA – VIÚVA – DATA LIMITE – ATÉ A ÉPOCA EM QUE O FALECIDO COMPLETARIA 65 ANOS – FILHO – LIMITE DE IDADE – 24 ANOS DESDE QUE ESTEJA CURSANDO ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR – JUROS MORATÓRIOS DE 1% AO MÊS – TERMO INICIAL – CITAÇÃO – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO DA SEGURADORA IMPROVIDO – RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> [...]
>
> Os juros moratórios decorrentes de pagamento de pensão por morte são devidos desde a citação [...] (TJMS, AC n. 2008.012777-1, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 22.1.09).

Dessa forma, o recurso deve ser parcialmente provido.

**Conclusão do julgamento:**

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e nego-lhe provimento. Ainda, conheço do recurso interposto pela autora Esmerinda de Oliveira e dou-lhe parcial provimento para, em reformando em parte a sentença, condenar o Estado a pagar a parcela devida da pensão por morte à autora a partir de sua citação.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL: CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. RECURSO DE ESMERINDA DE OLIVEIRA: CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. VOTAÇÃO UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Ildeu de Souza Campos e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 1º de abril de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2008.029585-4 - Ponta Porã
## Terceira Turma Cível
## Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PREEMPÇÃO – VENDA DE PARCELA IDEAL CORRESPONDENTE A 50% DE BEM IMÓVEL RURAL – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO CONDÔMINO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA – RELAÇÃO CONDOMINIAL *PRO INDIVISO* QUE NÃO SUGERE A INDIVISIBILIDADE DO BEM – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 504 DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Nos termos do artigo 504 do Código Civil, aquele que possuir coisa indivisível em relação condominial com outros proprietários possui direito de preferência na sua aquisição.

O direito de preferência somente é garantido nos casos em que a propriedade recaia sobre bem indivisível, de modo que, sendo divisível a coisa, o proprietário que pretender alienar sua cota-parte estará dispensado de notificar o outro condômino para apresentação de proposta.

O "condomínio sobre coisa indivisível" ocorre sempre que o bem em questão não puder ser fracionado, seja por impossibilidade natural, seja por vedação legal. Por outro vértice, o condomínio *pro indiviso* é o exercício da propriedade que recai sobre um mesmo bem, em frações certas, mas não delimitadas ou especificadas, não gerando o direito de preferência.

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, improver o recurso. Unânime.

Campo Grande, 11 de março de 2009.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Espólio de Roque José Linck, representado por sua inventariante, Sra. Jane Maria Radeke Linck, por estar irresignado com a sentença que julgou improcedente o pedido contido na inicial da *ação de preempção* que propusera em face de Banco do Brasil S.A. e Nelson Jonas Ponce Dutra, interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma daquela.

No apelo de f. 195-201, o recorrente alega que teve 50% (cinquenta por cento) de uma propriedade rural penhorada em uma ação de execução, e que tal parcela do imóvel foi adjudicada pelo banco apelado, então credor.

Destaca que, após o registro da adjudicação no CRI e antes de promover a divisão judicial da área, a instituição financeira alienou o bem ao segundo apelado, mas não foi respeitado o seu direito de preferência surgido em razão do condomínio formado.

Relata que busca "o reconhecimento do seu direito de preferência pelo fato de ser condômino e principalmente, porque ele se encontra na posse mansa e pacífica de toda a propriedade em litígio" (f. 196).

Menciona que a falta de notificação do condômino para que se manifeste sobre o interesse em adquirir a área implica em nulidade da venda a terceiro.

Ao rematar, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença recorrida, com o julgamento procedente do pedido inicial.

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões (f. 211-221 e 223-234), nas quais ambos pugnam pela mantença 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 Espólio de Roque José Linck, representado por sua inventariante, Sra. Jane Maria Radeke Linck, contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial da *ação de preempção* que propusera em face de Banco do Brasil S.A. e Nelson Jonas Ponce Dutra.

Nas razões recursais que devolveu a este Sodalício, o recorrente alega que teve 50% (cinquenta por cento) de uma propriedade rural penhorada em uma ação de execução, e que tal parcela do imóvel foi adjudicada pelo banco apelado, então credor.

Destaca que, após o registro da adjudicação no CRI e antes de promover a divisão judicial da área, a instituição financeira alienou o bem ao segundo apelado, mas não foi respeitado o seu direito de preferência surgido em razão do condomínio formado.

Relata que busca "o reconhecimento do seu direito de preferência pelo fato de ser condômino e principalmente, porque ele se encontra na posse mansa e pacífica de toda a propriedade em litígio" (f. 196).

Menciona que a falta de notificação do condômino para que se manifeste sobre o interesse em adquirir a área implica em nulidade da venda a terceiro.

Ao contra-arrazoarem, os recorridos pugnaram pela mantença da sentença recorrida.

O cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se houve a formação de um condomínio entre o recorrente e a instituição financeira apelada bem como se deve ser garantido o direito de preferência na aquisição da parte do imóvel.

Analisando os autos, verifica-se que a instituição financeira recorrida promoveu a adjudicação, em hasta pública, de parte ideal correspondente a 50% (cinquenta por cento) do imóvel denominado Fazenda Nossa Senhora Aparecida, descrito na Matrícula n. 23.637 e registrado no 1º CRI de Ponta Porã e que integrava o patrimônio apelante.

Posteriormente, após a expedição da carta de arrematação, a instituição financeira promoveu o registro na matrícula do imóvel e providenciou a venda extrajudicial do bem, o qual foi adquirido pelo Sr. Nelson Jonas Ponce Dutra pela quantia de R$ 223.000,00 (duzentos e vinte e três mil reais).

Ocorre que, nesta oportunidade, ainda não havia sido realizada a exata divisão do bem, razão pela qual o recorrente afirma a existência de uma propriedade condominial sobre bem indivisível que lhe garante o direito de preferência na aquisição da parcela de seu consorte.

Todavia, verifica-se que o recorrente está fazendo certa confusão entre os institutos denominados "condomínio sobre coisa indivisível" e "condomínio *pro indiviso*".

De fato, não se pode negar que o Código Civil trouxe a previsão do direito de preferência na aquisição que deve ser resguardado àquele que possuir coisa indivisível em relação condominial com outros proprietários. Restou assim disposto:

> Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

A expressão "coisa indivisível", na acepção utilizada pelo legislador, compreende, segundo dizeres de Maria Helena Diniz, *"o que não pode ser partido sem alteração em sua substância ou valor. Assim, se for fracionado, não poderá mais prestar o serviço e a utilidade que o todo, anteriormente, oferecia".*[1]

Conclui-se, então, que será divisível todo o bem que possa ser parcelado sem que haja alteração na sua substância, diminuição considerável do valor ou prejuízo do uso a que se destina (artigo 87 do Código Civil).

Porém, referido direito de preferência conferido ao condômino somente foi garantido nos casos em que a propriedade recaia sobre bem indivisível, conforme expressa e clara previsão legal, de modo que, sendo divisível a coisa, o proprietário que pretender alienar sua cota-parte estará dispensado de notificar o outro condômino para apresentação de proposta.

Esta é a lição trazida por Fabrício Zamprona Matiello:

> No condomínio tem-se a propriedade de certa coisa fracionada entre vários titulares, que a exercem em relação a terceiros como se fosse um só direito. Entre os condôminos, todavia, existem limites ao exercício em determinadas situações, pois cada um deles é titular apenas de fração ideal da coisa. Entre tais limites destaca-se o contido no dispositivo reproduzido acima, de modo que se algum dos condôminos desejar alienar a quota que tem em coisa indivisível, primeiramente deverá oferecê-la aos demais consortes, de vez que a estes assiste direito de preferência. Observe-se, porém que essa prerrogativa somente existe em se tratando de condomínio sobre coisa indivisível (v.g., uma casa, um terreno de dimensões iguais à mínima permitida etc.), pois se o bem jurídico for divisível a alienação será livre e a quem melhor interessar ao alienante. [...].2

1 **Dicionário Jurídico.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472. v. 1.
2 **Código Civil Comentado.** 3. ed. São Paulo: LTr. p. 334.

Assim, o condomínio sobre coisa indivisível, que geraria o direito de preferência dos consortes, ocorre sempre que o bem em questão não puder ser fracionado, seja por impossibilidade natural, seja por vedação legal.

Por outro vértice, o condomínio *pro indiviso "é aquele em que a comunhão perdura de fato e de direito. Todos os comunheiros permanecem na indivisão, não se localizando no bem, que se mantém indiviso"*[3]. *Ou seja, trata-se do exercício da propriedade que recai sobre um mesmo bem, em frações certas, mas não delimitadas ou especificadas.*

Note-se, que o condomínio *pro indiviso* não sugere a indivisibilidade do bem, mas apenas indica que o bem possui mais de um proprietário sem que haja uma exata divisão física.

Ainda comentando o assunto em tela, discorre Arnaldo Rizzardo:

> Poderá existir a comunhão, mas, se divisível o bem, não vinga a regra que vinha no art. 1.139 do Código Civil antigo e do art. 504 do atual. Oportuna e ainda aplicável, a respeito, a lição de Silvio Rodrigues: 'Assim, se a coisa for divisível, ampla é a liberdade de alienar do comunheiro; se indivisível, só pode vendê-la a estranhos após havê-la oferecido por igual preço aos consortes. Só após a oferta e mediante a recusa dos mesmos fica legitimado para vende-la alhures.4

No mesmo sentido, transcrevo os seguintes julgados:

> APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DE PREFERÊNCIA EM RAZÃO DA VENDA DE ÁREA INDIVISA – AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Nada impede a alienação de imóvel em condomínio sem que haja direito de preferência ao condômino preterido, em relação a imóvel divisível, mas que permanece em estado de indivisão, assim como acontece com o recebimento de bens pelos herdeiros consistente em cinquenta por cento de uma área rural" (TJMS, AC n. 2002.001093-7, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 5.4.04).
>
> AÇÃO ORDINÁRIA - VENDA DE PARCELA DE TERRENO EM CONDOMÍNIO - COISA INDIVISA, PORÉM DIVISÍVEL - INAPLICABILIDADE DO ART. 504 DO CC/2002 - DIREITO DE PREFERÊNCIA - INOCORRÊNCIA. - O critério principal para a verificação da divisibilidade natural de um bem é o econômico. Embora seja possível a divisão física, se a divisão resultar uma diminuição considerável do valor econômico do bem, este não poderá ser considerado divisível. Se, no entanto, tal situação não se verificar, o bem deverá ser considerado divisível. - O art. 504 do Código Civil de 2002 não se aplica aos bens que, embora indivisos, sejam passíveis de divisão (TJMG, AC n. 1.0.686.04.136659-8/001, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Fabio Maia Viani, julgado em 14.8.07).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO. DIREITO DE PREFERÊNCIA. PREEMPÇÃO. Sendo o imóvel fisicamente divisível, não há falar em direito de preferência, podendo o condômino alienar livremente seu quinhão sem dar conhecimento aos demais condôminos. art. 1.139 do CC/1916, com dispositivo correspondente no art. 504 do Código Civil vigente. Era ônus do autor (art. 333, I, do CPC) demonstrar que o imóvel tem área inferior ao módulo rural da região. Negaram provimento ao apelo. Unânime (TJSC, AC n. 70015823776, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des.n Alexandre Mussoi Moreira, julgado em 22.3.07).

Portanto, tratando-se o imóvel rural de um bem perfeitamente divisível, não há falar em direito de preferência do condomínio na aquisição de cota-parte.

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

3 DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 907. v. 1.

4 **Direito das Coisas.** Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 590.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

RECURSO IMPROVIDO. UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Ildeu de Souza Campos e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 11 de março de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2008.030396-2 - Terenos
## Terceira Turma Cível
## Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AMBIENTAL – PRELIMINAR – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – DANO AMBIENTAL A CÓRREGO – CONFUNDE-SE COM O MÉRITO – DESENTRANHAMENTO DE DOCUMENTOS – AFASTADAS – MÉRITO – FRIGORÍFICO – OBTENÇÃO DE LICENÇA DE OPERAÇÃO – DEGRADAÇÃO AO MEIO AMBIENTE – NEXO DE CAUSALIDADE E CONDUTA DO RECORRIDO – NÃO COMPROVAÇÃO – LAUDOS PERICIAIS – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO – PREQUESTIONAMENTO – MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DEBATIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A questão da existência ou não de dano ambiental, em parte, confunde-se com o mérito da ação, visto que há pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos causados ao meio ambiente, tendo sido analisada pelo magistrado *a quo*.

Em atenção à busca da verdade real, à ausência de prejuízos à parte e à boa-fé, não devem ser desentranhadas as cópias de documentos que se encontravam apensados ao processo.

Tendo sido requerida a renovação da licença operacional, a mora administrativa não tem o condão de impor a interdição das atividades da empresa.

Nos termos do artigo 131 do CPC, cabe ao julgador avaliar as provas produzidas, sendo que, se, na visão do magistrado, as provas apresentadas nos autos mostraram-se adequadas e suficientes, deve ser prestigiada a valoração do conjunto probatório e o livre convencimento motivado que lhe foi conferido, não havendo falar em sua adstrição ao resultado encontrado no laudo pericial.

Não prospera pleito indenizatório se não resta demonstrado o nexo de causalidade entre a degradação ambiental e a conduta do apelado.

Se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, afastar as preliminares e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de maio de 2009.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Ministério Público Estadual, irresignado com a sentença que, nos autos referentes à ação civil pública, movida em desfavor de Frigolop Frigoríficos Ltda., julgou improcedentes os pedidos encartados na exordial, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 414-431, relata que a ação civil pública por ele intentada tem por objetivo obrigar o recorrido a obter licença de operação junto ao órgão ambiental estadual, eis que atualmente se encontra poluindo dois córregos do Município de Terenos, através do despejo irregular de "*efluentes derivados do abate de bovinos*" (f. 415), além de pleitear indenização pelos danos causados ao meio ambiente, bem como paralisar as atividades do frigorífico até a obtenção da licença de operação.

Enfatiza que a inicial foi instruída com laudo técnico de vistorias realizada por biólogo da Polícia Militar Ambiental (f. 58-79). Após, o Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL – remeteu aos autos os documentos originais de processo de licenciamento ambiental, além de cópia da última vistoria realizada no recorrido.

Em resumo, defende que o laudo elaborado por técnico do IMASUL corrobora sua afirmação de estar o frigorífico "*poluindo o Córrego Diogo todos os dias em que abate animais bovinos em seu empreendimento, operando sem licença ambiental desde 13.1.98*" (f. 422).

Ressalta não ser admissível o Estado permanecer inerte e deixar de responsabilizar o frigorífico que está todos os dias poluindo o meio ambiente. Nesse ínterim, realça dever prevalecer a prevenção do meio ambiente para as futuras gerações, destacando que "*de nada adiantaria uma economia forte ao lado de uma péssima qualidade de vida gerada pela degradação ambiental*" (f. 424)

Destaca que de acordo com o laudo pericial de f. 364/371, o Córrego Diogo encontra-se poluído, com concentração de fósforo quatro vezes superior a estabelecida pela Resolução n. 357/05 CONAMA, atribuindo essa elevação ao lançamento de efluentes do apelado. Frisa que as concentrações de nitrogênio amoniacal se encontram em concentrações 10 (dez) vezes superiores à Resolução acima.

Assevera que "*o nexo causal entre o dano ambiental e a atividade poluidora do apelado está devidamente comprovada nos autos, o que torna evidente a responsabilidade objetiva ambiental do FRIGOLOP, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81.*" (f. 425).

Alega que há mais de 9 (nove) anos o recorrido não consegue obter a licença de operação para suas atividades, sendo que a despeito de poluir o meio ambiente, não tem a preocupação de obter dita licença. Destarte, aduz ser necessária a interdição temporária das atividades poluidoras do frigorífico para a proteção do meio ambiente.

Menciona não ter o recorrido obtido a licença de operação em razão de sua desídia e não por conta de suposto trâmite administrativo moroso.

Vislumbra inaceitável a existência de entendimentos aptos a privilegiar o progresso, o processo industrial, em detrimento à proteção do meio ambiente, cujas consequências podem tomar dimensões inimagináveis.

Conclui: "o *nexo causal entre a poluição do Córrego Diogo e a atividade poluidora do Apelado foi amplamente demonstrada nos autos, sendo suficiente para aplicar ao caso a Responsabilidade Objetiva e condená-lo a pagar uma indenização por todos os danos ambientais já praticados no Município de Terenos, bem como paralisar temporariamente as suas atividades até a obtenção da Licença de Operação a ser emitida pelo órgão ambiental estadual.*" (f. 428)

Prequestiona os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais mencionados no apelo.

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença atacada, determinar a interdição temporária das atividades poluidoras do recorrido, até que obtenha a regular licença de operação e condená-lo ao pagamento de indenização por danos causados ao meio ambiente.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 609-621), pugnando, preliminarmente: a) pelo não conhecimento de parte do recurso, relativo à existência de dano ambiental no Córrego Diogo, por não ter sido a questão enfrentada pelo magistrado sentenciante; e b) pelo desentranhamento dos documentos acostados às razões recursais, pois juntados em momento processual inoportuno. No mérito, é pela mantença da decisão recorrida.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo acolhimento da preliminar arguida para desentranhar os documentos acostados às razões recursais. No mérito, é pelo provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Ministério Público Estadual, irresignado com a sentença que, nos autos referentes à ação civil pública, movida em desfavor de Frigolop Frigoríficos Ltda., julgou improcedentes os pedidos encartados na exordial, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 414-431, relata que a ação civil pública por ele intentada tem por objetivo obrigar o recorrido a obter licença de operação junto ao órgão ambiental estadual, eis que atualmente se encontra poluindo dois córregos do Município de Terenos, através do despejo irregular de "*efluentes derivados do abate de bovinos*" (f. 415), além de pleitear indenização pelos danos causados ao meio ambiente, bem como paralisar as atividades do frigorífico até a obtenção da licença de operação.

Enfatiza que a inicial foi instruída com laudo técnico de vistorias realizada por biólogo da Polícia Militar Ambiental (f. 58-79). Após, o Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL – remeteu aos autos os documentos originais de processo de licenciamento ambiental, além de cópia da última vistoria realizada no recorrido.

Em resumo, defende que o laudo elaborado por técnico do IMASUL corrobora sua afirmação de estar o frigorífico "*poluindo o Córrego Diogo todos os dias em que abate animais bovinos em seu empreendimento, operando sem licença ambiental desde 13.1.98*" (f. 422).

Ressalta não ser admissível o Estado permanecer inerte e deixar de responsabilizar o frigorífico que está todos os dias poluindo o meio ambiente. Nesse ínterim, realça dever prevalecer a prevenção do meio ambiente para as futuras gerações, destacando que "*de nada adiantaria uma economia forte ao lado de uma péssima qualidade de vida gerada pela degradação ambiental*" (f. 424).

Destaca que de acordo com o laudo pericial de f. 364-371, o Córrego Diogo encontra-se poluído, com concentração de fósforo quatro vezes superior a estabelecida pela Resolução n. 357/05 CONAMA, atribuindo essa elevação ao lançamento de efluentes do apelado. Frisa que as concentrações de nitrogênio amoniacal se encontram em concentrações dez vezes superior à Resolução acima.

Assevera que "*o nexo causal entre o dano ambiental e a atividade poluidora do apelado está devidamente comprovada nos autos, o que torna evidente a responsabilidade objetiva ambiental do FRIGOLOP, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81*" (f. 425).

Alega que há mais de 9 (nove) anos o recorrido não consegue obter a licença de operação para suas atividades, sendo que a despeito de poluir o meio ambiente, não tem a preocupação de obter dita licença. Destarte, aduz ser necessária a interdição temporária das atividades poluidoras do frigorífico para a proteção do meio ambiente.

Menciona não ter o recorrido obtido a licença de operação em razão de sua desídia e não por conta de suposto trâmite administrativo moroso.

Vislumbra inaceitável a existência de entendimentos aptos a privilegiar o progresso, o processo industrial, em detrimento à proteção do meio ambiente, cujas consequências podem tomar dimensões inimagináveis.

Conclui: "*o nexo causal entre a poluição do Córrego Diogo e a atividade poluidora do Apelado foi amplamente demonstrada nos autos, sendo suficiente para aplicar ao caso a Responsabilidade Objetiva e condená-lo a pagar uma indenização por todos os danos ambientais já praticados no Município de Terenos, bem como paralisar temporariamente as suas atividades até a obtenção da Licença de Operação a ser emitida pelo órgão ambiental estadual*" (f. 428).

Requestiona os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais mencionados no apelo.

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença atacada, determinar a interdição temporária das atividades poluidoras do recorrido, até que obtenha a regular licença de operação e condená-lo ao pagamento de indenização por danos causados ao meio ambiente.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 609-621), pugnando, preliminarmente: a) pelo não-conhecimento de parte do recurso, relativo à existência de dano ambiental no Córrego Diogo, por não ter sido a questão enfrentada pelo magistrado sentenciante; e b) pelo desentranhamento dos documentos acostados às razões recursais, pois juntados em momento processual inoportuno. No mérito, é pela mantença da decisão recorrida.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo acolhimento da preliminar arguida para desentranhar os documentos acostados às razões recursais. No mérito, é pelo provimento do recurso.

Passo a examinar as preliminares suscitadas, por questão de prejudicialidade.

Vislumbro que a preliminar de não conhecimento de parte do recurso, relativo à existência de dano ambiental no Córrego Diogo, por não ter sido a questão enfrentada pelo magistrado sentenciante deve ser afastada.

A rigor, a questão da existência ou não de dano ambiental, em parte, confunde-se com o mérito da ação, eis que existe pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos causados ao meio ambiente.

Outrossim, afasto a preliminar de desentranhamento dos documentos acostados às razões recursais, pois juntados em momento processual inoportuno, porquanto o recorrido alega que "*deveriam ser carreadas aos autos com a inicial ou com a contestação, nos termos dos artigos 396 e 397 do Código de Processo Civil.*" (f. 620-621). Reaça ainda que se trate de fotocópias sem garantia de autenticidade, sem que haja a declaração de autenticidade do subscritor do recurso.

Contudo, consta do pedido de f. 414 que o MPE requer "*a juntada de cópia integral do processo de licenciamento ambiental nº 23/102.927/2005 do IMASUL, que já se encontrava apensado nos presentes autos e foi devolvido para o*

*IMASUL antes da interposição do presente recurso (f. 362-363), sendo necessário que seja analisado pelo E. Tribunal de Justiça deste Estado juntamente com as razões recursais.*"

É de se realçar que as informações acima, isto é, de que os documentos acostados às razões recursais já se encontravam apensados aos presentes autos é incontroversa, não tendo o apelado se insurgido contra ela.

Nesse diapasão, vejo que quem perdeu o momento oportuno para questionar a juntada dos documentos, o apensamento de processo ambiental foi o apelado. Logo, se contra juntada dos documentos o recorrido não interpôs o recurso próprio, não pode discutir em sede de apelo se é justo ou não aquele *decisum,* porquanto ficou acobertado pelo manto da preclusão.

Por outro lado, a mantença dos documentos que já se encontravam acostados aos autos não importará em prejuízo para o frigorífico, tanto é que o magistrado sentenciante julgou improcedente a ação, mesmo com a presença de referidos documentos.

De mais a mais, manter referidos documentos é medida que mais se coaduna com o princípio da verdade real, que deve ser sobremaneira prestigiado, sobretudo em se tratando de matéria de direito ambiental, de suma importância para as gerações atuais e futuras.

Quanto à autenticidade dos documentos, é de se realçar que de acordo com a ótica do Código Civil de 2002, a boa-fé se presume, sendo que não visualizo elementos fortes a indicarem dúvidas quanto à autenticidade da prova colacionada.

Afasto, pois, as preliminares e passo a examinar o mérito recursal.

Entendo que a sentença atacada é de ser mantida, visto que bem delineados os fundamentos em que assentada, *in verbis:*

> [...] A regra fundamental a ser fixada, inicialmente, é que o licenciamento ambiental é, basicamente, realizado pelos órgãos estaduais de controle ambiental, no termos do art. 17 e ss, do Decreto n. 99.274, de 6.6.90.
>
> O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA exerce funções de caráter supletivo na atividade de licenciamento ambiental e na conseqüente fiscalização do efetivo cumprimento dos termos nos quais foi concedida a licença, isto porque o licenciamento, como já mencionado, é desempenhado pelos órgãos estaduais integrantes dos Sisnama - Sistema Nacional do Meio Ambiente, devendo cada órgão competente para o licenciamento exigir o estudo.
>
> Assim, o Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá Licença Prévia (LP), na fase preliminar do planejamento de atividade, contendo requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação, observados os planos municipais, estaduais ou federais de uso do solo; Licença de Instalação (LI), autorizando o início da implantação, de acordo com as especificações constantes do Projeto Executivo aprovado; e, finalmente, a Licença de Operação (LO), autorizando, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos de controle de poluição, de acordo com o previsto nas Licenças Prévia e de Instalação (Art. 19, do Decreto n. 99.274/1990).
>
> No caso em tela, a empresa em questão teve as licenças prévia e de instalação devidamente concedidas, conforme se presume dos documentos acostados aos autos, pois que o que se discute é a concessão da licença de operação.
>
> Entretanto, o requerente, embasado em laudos técnicos emitidos pela Polícia Militar Florestal, constante de fls. 57-79 e 160-174, pretende a interdição das atividades da empresa até a concessão da licença de operação.

> A pretensão de o autor vincular a concessão da licença ao laudo técnico da PMF não pode prosperar pelo simples fato de que a Polícia Militar Florestal não Constitui Grupo de Assessoramento Técnico às Atividades de Licenciamento Ambiental no Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do Decreto n. 12.321, de 23.5.07. Compõe sim o Grupo de Assessoramento Técnico às atividades de licenciamento ambiental a Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos - AGESUL, a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Agrário, da Produção, da Indústria, do Comércio e do Turismo (SEPROTUR) e a Agência de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural - AGRAER. Portanto, trata-se de órgão não competente para apreciar a concessão da licença.
>
> Ademais, as informações prestadas pelo policiamento florestal e o autor entram em divergência com o requerimento de fl. 186, e documento seguintes, endereçado à antiga SEMA e atual IMASUL, comprovando-se dai que já fora solicitada a mencionada licença de operação e aguarda-se definição do órgão estadual para expedição da licença. (f. 403-404)

Então, é de se realçar que os primeiros laudos em que o recorrente buscar assentar o pedido de paralisação das atividades do frigorífico foram elaborados por órgãos que não têm a competência para concluir sobre o prosseguimento ou não da empresa, bem como sobre a concessão ou não de licença de operação.

Demais disso, merece destaque a alegação do recorrido, em sede de contrarrazões, onde afirma: "*o que se denota do parecer do IMASUL, é que em nenhum momento o órgão competente aconselha a paralisação das atividades da empresa frigorífica recorrida, sendo que somente lhe é determinada a manutenção e melhoria da estação de tratamento de efluente, o monitoramento mensal por parte do frigorífico no corpo receptor de seu afluente enviando os laudos para IMASUL e apresentação pelo empreendimento de estudo de capacidade de suporte de carga e de autodepuração do corpo receptor a esta instituição.*" (f. 616-617)

Além disto, conforme se infere do documento de f. 186, o recorrido solicitou a renovação de sua licença de operação perante o órgão competente, de maneira que a demora na concessão da licença operacional, em razão de seu trâmite administrativo, não tem o condão de levar à procedência da ação ou à paralisação das atividades do frigorífico, tal qual pretende o *Parquet*.

Portanto, de suma importância frisar alguns pontos: a) o apelado solicitou ao órgão competente a renovação de sua licença de operação (f. 186), não podendo ser punido em razão do trâmite administrativo moroso; b) os laudos técnicos emitidos pela polícia militar florestal (f. 57-79 e 160-174) não têm o condão de obstar a expedição da licença de operação, tampouco vinculam o magistrado, levando-se, inarredavelmente, à interdição das operações do frigorífico; e c) o laudo realizado por técnico ambiental do IMASUL (f. 364-369), além de também não vincular o magistrado, traz em sua conclusão algumas recomendações, sem, contudo, recomendar a interdição das atividades do apelado.

Não constitui demasia assinalar que a importância do direito ambiental é de sobrelevado valor, tanto que "*Podemos afirmar, sem exagero, que a sobrevivência da espécie humana e sua digna qualidade de vida dependem da sustentação de um meio ambiente equilibrado ecologicamente.*" (FREITAS, Vladimir Passos de (org.), ***Direito ambiental em evolução,*** Curitiba: Juruá, 1998, p. 33-34)

Por outro lado, em que pese sua importância, deve ser vista com muitos temperamentos o pedido para encerramento de atividades de frigorífico, eis que este tem buscado obter a renovação de sua licença operacional, tendo em vista o pedido à f. 186, não podendo ser-lhe atribuído ônus em decorrência da morosidade administrativa. Embora o recorrente sustente não haver morosidade administrativa, mas sim desídia do recorrido, não traz qualquer elemento de prova a amparar esta tese.

À toda evidência, a interdição das atividades do frigorífico é medida extrema e que somente se justificaria na hipótese de a prova existente ser suficiente a demonstrar o total menoscabo deste com o meio ambiente, com as recomendações, com as normas que regem sua atividade, por exemplo. Entretanto, o *Parquet* não logrou êxito em demonstrar o alegado.

Dessa forma, a interpretação apontada pelo apelante não pode ser tida como a mais correta, contrapondo-se ao juízo de valor externado pelo magistrado sentenciante que analisou com acuidade e percuciência o conjunto probatório do caderno processual.

Aliás, o ordenamento processualista atribuiu ao julgador a prerrogativa de apreciar livremente a prova, não precisando o magistrado ficar adstrito à conclusão do laudo pericial constante nos autos, podendo valer-se de outros elementos de prova para formar seu livre convencimento, desde que o faça motivadamente.

Nos termos do que dispõe o Código de Processo Civil, tem-se que, *in verbis*:

> Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Comentando o dispositivo legal supratranscrito, discorre Theotônio Negrão:

> Na livre apreciação da prova, o julgador não se acha adstrito aos laudos periciais, podendo, para o seu juízo, valer-se de outros elementos de prova existente nos autos, inclusive de pareceres técnicos e dados oficiais sobre o tema objeto da prova, tanto mais quando, como no caso, adota conclusões de um dos laudos, com adaptações determinadas por dados científicos que se acham nos autos' (STJ, Ag n. 27.011-1, RS-AgRg, Terceira Turma, Rel. Min. Dias Trindade, julgado em 28.11.92, negaram provimento, v.u., DJU 23.11.92, p. 21.887) (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 487).

Nesse passo, não se pode negar que o magistrado forma seu livre convencimento valorando todo o conjunto probatório dos autos, porquanto não está obrigado a limitar seu entendimento à conclusão do laudo pericial. *In casu*, ressalte-se que o laudo realizado por técnico ambiental do IMASUL (f. 364-369) traz em sua conclusão algumas recomendações, sem, contudo, recomendar a interdição das atividades do apelado.

De outro plano, a prova dos autos não é clara o suficiente a gerar a convicção de que a degradação ambiental causada no Córrego Diogo decorre exclusiva ou principalmente em razão das atividades do apelado. A rigor, não se tem a exata dimensão dos componentes históricos, da evolução por que vem passando a cidade ou, ainda, de como a população ribeirinha tem tratado o córrego em questão. Todos esses fatores podem influir na poluição, de maneira que deveriam ser especificamente analisados.

É de se inferir que esta unidade da Federação é tradicionalmente conhecida por sua atividade agropecuária, sendo razoável aventar a possibilidade de dejetos, produtos tóxicos, restos de animais e outras degradações ao Córrego terem ocorrido (também ou exclusivamente) por conta dessas atividades.

Mesmo se falando em responsabilidade objetiva, a prova existente no bojo dos autos não permite concluir pelo nexo de causalidade entre a degradação ambiental e o recorrido, a ponto de permitir sua condenação por danos causados ao meio ambiente.

Em resumo, a prova dos autos não se revela segura e apta a firmar um juízo de convencimento que milite em favor do recorrente, razão por que não merece prosperar seu apelo.

Por fim, quanto ao prequestionamento feito pela instituição financeira, faz-se mister destacar que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, cabendo-lhe a incidência do brocardo da *mihi factum dabo tibi jus*.

Nesse sentido, adverte Rui Portanova:

> No princípio em estudo está contido o brocardo narra mihi factum, narro tibi ius, que também demonstra bem o quanto de público se encerra no processo e na atividade jurisdicional: do fato dispõem as partes, mas do direito dispõe o Estado-juiz. (Princípios do Processo Civil. Livraria do Advogado, Editora Porto Alegre, 1995, p. 240.)

Com isso, se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da seguinte ementa, transcrita apenas na parte em 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,julgado em 12.998, DJ 24.2.99).

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.)

Diante do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a decisão monocrática, decisão contra o parecer.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, AFASTARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Ildeu de Souza Campos e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 4 de maio de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2006.008298-3 - Dourados
## Quarta Turma Cível
## Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – QUESTÃO PREVIDENCIÁRIA – AFASTADA – MÉRITO – SERVIDOR PÚBLICO – EX-CELETISTA – CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL – ATIVIDADE INSALUBRE – POSSIBILIDADE – DIREITO ADQUIRIDO – APOSENTAÇÃO – DIREITO A SER CONCEDIDA SE PREENCHIDOS TODOS OS REQUISITOS LEGAIS – INCUMBÊNCIA DO ORGÃO COMPETENTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Considerando que os pagamentos de aposentadorias dos servidores estaduais são efetuados pelo próprio Estado, e não pelas autarquias ou órgãos a que se encontrem vinculados, não há falar em ilegitimidade passiva.

A jurisprudência do STJ encontra-se pacificada no sentido de que o servidor público ex-celetista tem direito a que seja averbado em sua ficha funcional o tempo de serviço que prestara no regime anterior, em condições nocivas à saúde, com o acréscimo legal decorrente da insalubridade.

A aferição do preenchimento dos requisitos necessários à aposentação do servidor incumbe ao órgão estatal competente, sendo indispensável submeter a questão ao crivo deste.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Clarismundo Rocha da Costa, inconformado com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória que move em face do Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe apelação, aduzindo, em apertada síntese, que detém mais de 35 anos de tempo de serviço/contribuição e conta com os demais requisitos para concessão de sua aposentadoria por tempo de contribuição, quando realizada a devida contagem recíproca de seu labor/contribuição aos diversos regimes previdenciários e conversão de sua atividade especial em comum exercida em regime celetista, consoante amparo do art. 9° da Lei n. 5.890/73; que sua atividade profissional de "operador de máquinas" encontra-se prevista no código 1.1.6 do Decreto n. 53.831/64, entre outros; que o laudo elaborado pelo perito do trabalho concluiu que seu labor é exercido em

condições de insalubridade; que somando-se o tempo especial laborado na atividade privada com o período de celetista até 1.11.88, com o acréscimo de 40%, seu tempo de serviço é de 35 anos, 7 meses e 11 dias; que no momento da contagem do tempo de serviço para fins de aposentadoria, o direito do apelante incorporou-se ao seu patrimônio jurídico através do direito adquirido.

Ao final, pede provimento ao recurso, a fim de que seja reconhecido o seu direito à aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

Contra-razões, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo em vista ser o apelante funcionário da Agesul, autarquia dotada de personalidade jurídica e orçamento próprios, e, no mérito, pugnando pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pelo conhecimento e não provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória que Clarismundo Rocha da Costa move em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Preliminarmente, suscita o Estado apelado sua ilegitimidade passiva, haja vista ser o apelante funcionário da Agesul, autarquia dotada de personalidade jurídica e orçamento próprios.

A prefacial não merece ser acolhida.

Analisando-se a Lei Estadual n. 2.207/2000, que instituiu o regime de previdência social do Estado de Mato Grosso do Sul e criou o Fundo de Previdência Social Estadual (MS-PREV), verifica-se a legitimidade do Estado apelado para figurar no pólo passivo das demandas que envolvam questões previdenciárias, como a ora discutida nos autos, senão vejamos:

> Art. 2.º O regime de previdência social será mantido pelo Estado, por meio das contribuições dos segurados e respectivos órgãos e entidades de lotação integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Dessa forma, considerando que os pagamentos de aposentadorias dos servidores estaduais são efetuados pelo Estado de Mato Grosso do Sul, e não pelas autarquias ou órgãos a que se encontrem vinculados, não há falar em ilegitimidade passiva.

A propósito, esta Egrégia Corte já se pronunciou:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PRELIMINAR – LEGITIMIDADE DE PARTE – ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – MÉRITO – PEDIDO DE REVISÃO DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO INATIVO – VANTAGEM PRO LABORE FACIENDO – IMPOSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO POR SERVIDOR INATIVO – DECRETO N. 10.751/2002 – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Não há falar em ilegitimidade passiva, já que os pagamentos de aposentadorias são efetuados pelo Estado de Mato Grosso do Sul.[...]. (AC n. 2006.004951-2, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 7.8.06).

Rejeito, portanto, a preliminar de ilegitimidade passiva argüida pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

No mérito, entendo que o recurso merece ser parcialmente provido.

Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de averbação do período de serviço prestado pelo apelante sob o regime celetista em ambiente considerado insalubre, para fins de contagem de tempo de serviço e para efeito de concessão de aposentadoria.

Ao que se extrai dos autos, o autor, ora apelante, foi admitido em 28.4.1982 ao cargo de "operador de máquinas pesadas" do extinto Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Mato Grosso do Sul – Dersul, hoje sucedido pela Agesul, originariamente pelo regime celetista, tendo posteriormente seu emprego sido transformado em cargo público, passando em 1º.11.1988 à condição de estatutário, conforme comprovam os documentos de f. 37-38.

Da análise da documentação colacionada ao feito, constata-se que o apelante efetivamente trabalha em ambiente considerado insalubre, já que o perito que elaborou o laudo técnico de f. 50-60 concluiu que o autor, *"na função de Operador de Máquinas Pesadas, LABOROU EM ATIVIDADE EM CONDIÇÕES ESPECIAIS, COM EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES DE RISCO À SAÚDE E À INTEGRIDADE FÍSICA – INSALUBRIDADE por riscos físicos (ruídos, vibrações, intempéries, calor ambiental) e químicos (poeira de sílica), de modo habitual e permanente, não ocasional nem intermitente, nos períodos citados neste relatório"*, tanto é que recebe em seus vencimentos adicional por conta disso (f. 34-35).

Por outro lado, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao analisar questões análogas à ora em apreço, *"firmou entendimento no sentido de que o servidor público ex-celetista faz jus à contagem do tempo de serviço celetista prestado em condições perigosas, penosas e insalubres na forma da legislação vigente à época da prestação de serviço, ou seja, com o acréscimo previsto na legislação previdenciária de regência."* (REsp n. 478.957/PB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 27.4.04).

Nesse mesmo sentido, são vários os julgados oriundos daquela Corte, *verbi gratia*:

> PREVIDENCIÁRIO - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - REGIME CELETISTA - CONVERSÃO - TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL - POSSIBILIDADE - ATIVIDADE PENOSA - EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS - COMPROVAÇÃO - LAUDO PERICIAL - PERÍODO ANTERIOR À LEI N. 9.032/95 - DESNECESSIDADE - RECURSO CONHECIDO EM PARTE, MAS DESPROVIDO.
>
> As turmas que integram a Egrégia Terceira Seção têm entendimento consolidado no sentido de que o servidor público, que, sob regime celetista, exerceu atividade considerada penosa, insalubre ou perigosa, tem direito à contagem especial desse período, a despeito de ter, posteriormente, passado à condição de estatutário. Precedentes.
>
> É pacífica a jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão, como especial, do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre ou penosa em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos n. 53.831/64 e n. 83.080/79), antes da edição da Lei n. 9.032/95, independentemente da produção de laudo pericial comprovando a efetiva exposição a agentes nocivos.
>
> Recurso especial conhecido em parte, mas desprovido."(REsp n. 490.513/SC, Reª l. Minª. Laurita Vaz, DJU 12.5.03).
>
> RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO - SERVIDOR PÚBLICO - ATIVIDADES INSALUBRES - CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO - AVERBAÇÃO - POSSIBILIDADE - MUDANÇA DE REGIME - APOSENTADORIA.

> Considerando que o recorrido teria prestado serviço em condições insalubres à época em que a legislação celetista permitia a contagem de tempo especial, tal direito já se encontra devidamente incorporado a seu patrimônio jurídico, ainda que posteriormente tenha havido a mudança de regime. Restabelecimento da aposentadoria. Precedentes análogos. Recurso desprovido." (REsp n. 315.568/PB, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 2.12.02).
>
> RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - SERVIDOR PÚBLICO - EX-CELETISTA - CONTAGEM TEMPO DE SERVIÇO - ATIVIDADE INSALUBRE - POSSIBILIDADE.
>
> Assentada jurisprudência desta Corte no sentido de que o servidor público ex-celetista tem direito a que seja averbado em sua ficha funcional o tempo de serviço que prestara no regime anterior, em condições nocivas à saúde, com o acréscimo legal decorrente da insalubridade. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 456.161/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 25.11.02).

No que se refere ao direito adquirido ao tempo convertido, importante ressaltar que a ausência de criação da lei complementar prevista no § 1º, do inciso III, do artigo 40, da Constituição Federal, não tem o condão de obstar o cômputo do tempo convertido, pois somente incidiria esta disposição aos servidores estatutários que, nesta qualidade, prestassem serviços em condições insalubres, o que, a toda evidência, não é o caso dos autos.

Desta feita, imperioso se torna o reconhecimento do direito do servidor ex-celetista de ter averbado em sua ficha funcional o tempo de serviço prestado em condições especiais, e que de forma compulsória foi transposto para o regime jurídico único, por força do art. 19 do ADCT, aliado ao fato de que o artigo 201, § 9º, da Carta Magna prevê a possibilidade de contagem recíproca do tempo de serviço público e privado, além de prever uma forma de compensação financeira entre os sistemas de previdência social.

Saliente-se, ainda, que a transformação do emprego do apelante em cargo público, passando a ser regido pelo regime estatutário, não pode desconsiderar o período até então trabalhado, mormente pelo fato de suas atividades terem sido realizadas com exposição a agentes nocivos, por um longo lapso temporal (mais de seis anos). Entendimento contrário, a meu juízo, configuraria, inclusive, ofensa ao princípio da razoabilidade e da justiça, insculpidos implicitamente na Lei Maior de 1988.

Nessa esteira de pensamento, trago à colação o seguinte precedente jurisprudencial:

> MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - EX-CELETISTA - REGIME JURÍDICO ÚNICO - TEMPO DE SERVIÇO - INSALUBRIDADE - DIREITO À CONTAGEM DO TEMPO CONVERTIDO CERTIFICADO PELO INSS EXCLUSIVAMENTE DO PERÍODO DE SERVIÇO PRESTADO SOB A ÉGIDE DA CLT - DIREITO ADQUIRIDO, LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.
>
> Ao servidor púbico que teve o seu emprego transformado em cargo pela Lei Estadual n. 10.219/92, instituidora do regime jurídico único, e que prova ter prestado serviços em atividade considerada insalubre, é assegurado o direito à contagem para efeito de aposentadoria, do tempo convertido pelo Órgão Previdenciário, na forma da legislação regente da relação de trabalho, porquanto já se incorporara a seu patrimônio jurídico. (TJPR, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Acórdão n. 702, Rel. juiz conv. Cunha Ribas, DJ 11.12.00).

Por derradeiro, entendo que não há como se aplicar o mesmo entendimento no que se refere aos períodos trabalhados anteriormente pelo apelante na iniciativa privada, uma vez que as provas colacionadas aos autos não permitem afirmar que o labor foi realizado em condições de insalubridade/periculosidade/penosidade.

De igual modo, a aferição do preenchimento dos requisitos necessários à aposentação do apelante incumbe ao órgão estatal competente, sendo indispensável submeter a questão ao crivo deste.

A propósito, é o entendimento manifestado pelo TJPR ao analisar situação análoga à dos autos, senão vejamos:

> MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - CONVERSÃO DO REGIME JURÍDICO - CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO EM DOBRO EM RAZÃO DE ATIVIDADE INSALUBRE - DIREITO INCORPORADO AO PATRIMÔNIO JURÍDICO -INDEFERIMENTO - LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO - APOSENTAÇÃO - DIREITO A SER CONCEDIDO SE PREENCHIDOS TODOS OS REQUISITOS LEGAIS - INCUMBÊNCIA DA AUTORIDADE IMPETRADA - SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. (TJPR, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Acórdão n. 3947, Rel. juiz conv. Paulo Roberto Hapner, julgado em 5.12.02).

Destarte, tendo o servidor comprovado de forma inequívoca ter prestado serviço ao Estado apelado em condições de insalubridade, em consonância com a legislação aplicável à época da prestação do serviço em que era celetista, conclui-se pela reforma da sentença recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso e, contra o parecer, dou-lhe parcial provimento para, reformando a sentença recorrida, julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para o fim de determinar ao apelado que proceda à averbação do tempo de serviço especial prestado pelo apelante ao Estado de Mato Grosso do Sul sob o regime celetista em ambiente considerado insalubre, ou seja, de 28.04.1982 1º.11.1988, para fins de contagem especial de tempo de serviço e para efeito de concessão de aposentadoria, submetendo ao crivo do órgão competente a aferição do preenchimento dos requisitos necessários à sua aposentação. Diante do novo resultado, e considerando a sucumbência mínima da parte autora (art. 21, parágrafo único, CPC), condeno o apelado ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados eqüitativamente em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4°, do CPC, isentando-o do pagamento das custas processuais.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2007.012565-7 - Campo Grande
## Quarta Turma Cível
## Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVIL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONTRATO DE SEGURO DE IMÓVEL – CLÁUSULAS CLARAMENTE COMPREENSÍVEIS – DANOS OCORRIDOS NO OBJETO SEGURADO QUE NÃO SE ENQUADRAM NOS RISCOS DE COBERTURA – RECURSO IMPROVIDO.

Sendo as cláusulas contratuais claramente compreensíveis e estando caracterizado que os danos constatados no imóvel segurado não se enquadram entre os riscos limitados no seguro firmados pelas partes, não há falar em cobertura securitária, devendo ser julgados improcedentes os pedidos de nulidade das cláusulas obscuras e de indenização.

## 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, 28 de abril de 2009.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

José Antônio Anhê Sanches e sua esposa Maria Ângela Toqueton Sanches recorrem da sentença prolatada pelo Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente o pedido formulado na ação ordinária de obrigação de fazer c/c tutela antecipada ajuizada em desfavor do Banco ABN AMRO Real S.A.

Sustentam, em síntese, que devem receber indenização pelos danos sofridos no imóvel segurado, uma vez que os fatos ocorridos na residência, como infiltração nas paredes e afundamento do piso, são decorrentes de causas externas, e não de vício de construção, enquadrando-se na cobertura prevista na cláusula 3ª do contrato firmado entre as partes. Asseveram, outrossim, que havendo obscuridade na cláusula contratual, esta deve ser interpretada favorável ao consumidor. Ao final, requerem o provimento do recurso, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Em suas contrarrazões (f. 221-224), o recorrido pugna a manutenção da sentença recorrida.

## VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de ação ordinária de obrigação de fazer ajuizada por José Antônio Anhê Sanches e Maria Ângela Toqueton Sanches em desfavor do Banco ABN AMRO Real S.A., sob o argumento de que, em 25 de maio de 1988, celebraram com o requerido contrato de seguro de imóvel residencial, tendo efetuado o pagamento dos prêmios até 19 de dezembro de 2000, quando comunicaram à seguradora a ocorrência de sinistro e solicitaram a elaboração de perícia para a sua constatação. Relatam, também, que, após a realização da perícia, a seguradora se negou a pagar a indenização, afirmando que a causa ocorrida na residência dos autores estava excluída da cobertura securitária. Diante disso, pleiteiam o pagamento do valor suficiente para restituir o imóvel ao estado correspondente àquele em que se encontrava antes do sinistro, *"mediante a construção de outro prédio de igual padrão no mesmo local ou em outra área de mesmo valor"*, bem como a nulidade das cláusulas contratuais obscuras.

O magistrado de instância singela julgou improcedente a demanda, entendendo que não há irregularidade nas cláusulas contratuais e que os danos constados no imóvel segurado não se enquadram entre os riscos limitados no seguro contratado.

Dessa decisão recorrem os requerentes, sustentando, em resumo, que devem receber indenização pelos danos sofridos no imóvel segurado, uma vez que os fatores ocorridos na residência, como infiltração nas paredes e afundamento do piso, são decorrentes de causas externas, e não de vício de construção, enquadrando-se na cobertura prevista na cláusula 3ª do contrato firmado entre as partes. Asseveram, outrossim, que havendo obscuridade na cláusula contratual, esta deve ser interpretada favorável ao consumidor.

Analisando os autos, verifica-se que os recorrentes celebraram contrato de seguro do imóvel descrito na inicial, denominado "condições particulares para os riscos de danos físicos", e que, em sua cláusula 3ª, constam os riscos passíveis de cobertura pela seguradora (f. 28-29), *in verbis:*

> CLÁUSULA 3ª - RISCOS COBERTOS
>
> 3.1 – Estão cobertos por estas Condições todos os riscos que possam afetar o objeto do seguro, ocasionando:
>
> a) incêndio;
>
> b) explosão;
>
> c) desmoronamento total;
>
> d) desmoronamento parcial, assim entendido a destruição ou desabamento de paredes, vigas ou outro elemento estrutural;
>
> e) ameaça de desmoronamento, devidamente comprovada;
>
> f) destelhamento;
>
> g) inundação ou alagamento.
>
> 3.2 – Com exceção dos riscos contemplados nas alíneas a e b do subitem 3.1, todos os citados no mesmo subitem deverão ser decorrentes de eventos de causa externa, assim entendidos os causados

> por forças que, atuando de fora para dentro, sobre o prédio, ou sobre o solo ou subsolo em que o mesmo se acha edificado, lhe causem danos, excluindo-se, por conseguinte, todo e qualquer dano sofrido pelo prédio ou benfeitorias que seja causado por seus próprios componentes, sem que sobre eles atue qualquer força anormal.

Percebe-se que a mencionada cláusula descreve de forma clara, objetiva e de fácil compreensão, nas alíneas "a" até "g", do subitem 3.1, os acontecimentos nos quais será cabível a cobertura securitária. Aliás, o subitem 3.2, esclarece que os segurados somente terão direito a receber indenizações para os eventos externos e anormais recaídos sobre o imóvel segurado.

Entretanto, o laudo pericial, elaborado pelo *expert*, concluiu à f. 175, o seguinte:

> 01 – De acordo com tudo exposto no decorrer do relatório técnico, verificamos que:
>
> (O imóvel apresenta problemas de descolamento de argamassa. Esta patologia pode ocorrer por vários motivos, dentre os quais destacamos: deficiência na interface entre a camada de argamassa e o substrato, problema de traço da argamassa, problemas de execução;
>
> (Foram constatadas infiltrações no imóvel insuficiente dos baldrames e paredes externas, sendo agravadas pela falta de manutenção;
>
> (As trincas encontradas podem estar aparecendo por vários motivos. Entretanto, levando em consideração as configurações das trincas verificadas no imóvel em questão, levantamos algumas hipóteses no imóvel em questão, levantamos algumas hipóteses: falta ou subdimensionamento das vergas e contra-vergas, recalque diferenciado da função, retração da laje de cobertura.
>
> 02 – Portanto, a maioria dos problemas verificados são decorrentes de vícios de construção.

Como se vê, os danos ocorridos no imóvel dos apelantes, como trinca nas paredes, queda de argamassa e afundamento do piso externo, não se enquadram entre os riscos cobertos pela cláusula 3ª do contrato de seguro, haja vista que tais fatores não decorreram de eventos externos e anormais, como previsto no subitem 3.2, mas sim de defeitos na construção.

Por oportuno, vale ressaltar que os recorrentes adquiriram o bem segurado no dia 25 de maio de 1988, de acordo com o instrumento particular de venda e compra com financiamento adjeto de hipoteca e cessão de crédito hipotecário (f. 22-26), ou seja, há mais de vinte anos, sendo certo que a deterioração ocorrida no imóvel é relacionada ao decurso de tempo da construção e da utilização da coisa, riscos que são expressamente excluídos de cobertura, conforme se constata na cláusula 4ª do referido contrato, vejamos:

> CLÁUSULA 4ª - RISCOS EXCLUÍDOS
>
> 4.1 – Estas Condições não responderão pelos riscos, prejuízos ou gastos que se verificarem em decorrência, direita ou indireta, de:
>
> [...] f) uso e desgaste.
>
> 4.2) Entende-se por uso e desgaste os danos verificados exclusivamente em razão do decurso do tempo e da utilização normal da coisa, ainda que cumulativamente, a:
>
> a) revestimentos;

b) instalações elétricas;

c) instalações hidráulicas;

d) pintura;

e) esquadrias;

f) vidros;

g) ferragens;

h) pisos.

Assim sendo, estando evidenciado que a cláusula contratual que dispõe sobre os riscos que serão cobertos pelo seguro é claramente compreensível e que os danos ocorridos no imóvel segurado foram decorrentes do fator tempo e não de causas externas ou anormais, penso que agiu corretamente o magistrado singular ao julgar improcedente a pretensão dos recorrentes, porque os prejuízos constatados na residência segurada não se enquadram entre os riscos limitados no seguro pactuado pelas partes.

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 28 de abril de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2009.007524-8 - Campo Grande
## Quarta Turma Cível
## Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO PARA AJUIZAR EXECUÇÃO PARA RECEBIMENTO DA VERBA HONORÁRIA – VERIFICADA – ART. 205 DA LEI COMPLEMENTAR N. 94/2001 – CRIAÇÃO DO FUNADEP – RECURSO IMPROVIDO.

A Defensoria Pública Estadual, desde a edição da Lei Complementar Estadual n. 94/2001, que criou o Fundo Especial para Desenvolvimento das Atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – FUNADEP, possui legitimidade passiva para propor a execução dos honorários advocatícios que lhe são devidos em razão do arbitramento das verbas de sucumbência.

### ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de abril de 2009.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

A Agência Municipal de Transporte e Trânsito - Agetran, inconformada com a sentença que rejeitou os embargos à execução opostos em face da Defensoria Pública Estadual, interpõe apelação, aduzindo, em síntese, que não dispõe a recorrida de capacidade processual para figurar no pólo ativo de ação de execução de honorários arbitrados em seu favor; que a Lei Complementar n. 94/2001, que criou o Fundo Especial de Desenvolvimento das Atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – FUNADEP, não atribuiu personalidade jurídica ao órgão do poder executivo.

Ao final, pede provimento ao recurso para que seja reformada a sentença, a fim de que sejam acolhidos os embargos.

Contra-razões pugnando pelo improvimento do apelo.

## VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível contra a sentença que rejeitou os embargos à execução opostos pela Agência Municipal de Transporte e Trânsito - Agetran em face da Defensoria Pública Estadual, condenando a embargante ao pagamento de honorários advocatícios fixados eqüitativamente em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Como relatado, insurge-se a autarquia municipal alegando que a Defensoria Pública Estadual não possui legitimidade *ad causam* para cobrar os honorários advocatícios que lhe são devidos em razão do arbitramento das verbas de sucumbência, sob o fundamento de que a Lei Complementar Estadual n. 94/2001 não lhe atribuiu personalidade jurídica, sendo órgão vinculado ao poder executivo.

Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade ou não da Defensoria Pública executar as verbas honorárias que lhe são devidas.

Inicialmente, cumpre-me esclarecer que, em que pese anteriormente ter proferido entendimento no sentido de reconhecer a ausência de legitimidade do órgão estadual para a cobrança de honorários sucumbenciais, revi meu posicionamento nos julgamentos posteriores, a fim de seguir a orientação majoritária assente nesta 4ª Turma Cível, em sentido contrário.

Isto porque, não podemos considerar a Defensoria Pública Estadual tão somente como um órgão estatal, haja vista que se configura como uma instituição detentora de quadro próprio de servidores públicos, formado por advogados que desempenham a nobre atividade de orientação jurídica e defesa dos necessitados, decorrendo, desta realidade fática, a necessidade de resguardo às suas atividades, através do recebimento dos honorários sucumbenciais.

Com efeito, o art. 205 da Lei Complementar n. 051/90, com a edição da Lei Complementar Estadual n. 94/2001, passou a ter a seguinte redação:

> Fica instituído no âmbito da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, o Fundo Especial para Desenvolvimento das Atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - FUNADEP, destinado a prover recursos para o aprimoramento profissional e cultural dos membros da Defensoria Pública, de seus auxiliares e servidores, bem como para a construção, a aquisição de instalações e equipamentos ou reaparelhamento e a manutenção dos órgãos de atuação, a ser constituído das importâncias arrecadadas a título de honorários de sucumbência devidos a Defensoria Pública.

Como se vê, foi garantido à Defensoria Pública o direito de serem fixados em favor do órgão os honorários de advogado arbitrados nas causas por ela defendidas.

Outrossim, como bem anotou o ilustre Des. Rêmolo Letteriello no julgamento da Apelação Cível n. 2008.011210-3:

> Por outro lado, se admitido fosse que a Defensoria Pública não pudesse ser parte ativa nos processos que viessem a cobrar seu honorário de sucumbência, sob a ótica de que o verdadeiro credor fosse a Fazenda Pública Estadual, teríamos uma situação inusitada, visto que em conformidade com a Lei Complementar Estadual n. 94, de 26.12.01, todo crédito constituído das importâncias arrecadadas a título de honorários advocatícios de sucumbência devidos à Defensoria Pública teria de ser destinado a FUNADEP, ou seja, o credor seria o Estado que, em virtude de lei teria de destinar as referidas verbas exclusivamente para o FUNADEP, Fundo Especial da Defensoria Pública.

> Deflui-se daí que, se a Defensoria Pública possui o direito material referente ao recebimento dos honorários advocatícios, fixados em seu favor nos processos judiciais em que atua, por óbvio possui pertinência subjetiva para cobrar tais valores. Aliás, pensar o contrário seria o mesmo que afirmar que ela possui o Direito Material, mas não tem os meios para vindicá-lo, o que, em última análise, configuraria uma negativa de prestação jurisdicional. (TJMS, Quarta Turma Cível, julgado em 13.05.08).

Em outras palavras, se as verbas sucumbenciais, de acordo com a aludida Lei Complementar n. 94, de 26 de dezembro de 2001, não pertencem ao Estado, mas, sim, ao fundo (FUNADEP), ao qual se arrecadam recursos para maior e melhor aprimoramento profissional dos servidores públicos vinculados à Defensoria Pública, não há falar em desrespeito às atribuições constitucionais dos Procuradores do Estado, muito menos em ilegitimidade ativa daquele órgão.

Neste sentido, colham-se os seguintes arestos, que bem demonstram a entendimento jurisprudencial adotado por esta Colenda 4ª Turma Cível, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – HONORÁRIOS DE ADVOGADO FIXADOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO PARA AJUIZAR A EXECUÇÃO DO RECEBIMENTO DA VERBA – ART. 205 DA LEI COMPLEMENTAR N. 94, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2001 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (AC n. 2005.009877-0, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 10.4.07).

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL – LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO PARA EXECUTAR OS HONORÁRIOS FIXADOS – LEI COMPLEMENTAR N. 94, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2001 – CRIAÇÃO DE UM FUNDO ESPECIAL PARA O DESENVOLVIMENTO DO ÓRGÃO, COM PROVENTOS ARRECADADOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Desde o advento da Lei Complementar Estadual n. 94, de 26 de dezembro de 2001, os honorários advocatícios arbitrados nas causas defendidas pela Defensoria Pública Estadual são fixados em favor do respectivo órgão, advindo daí o seu direito de cobrar os correspondentes valores, o que torna inquestionável a sua legitimidade ativa ad causam. (AC n. 2007.026163-0, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 2509007).

> EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DESTINADOS AO FUNADEP – LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL – SENTENÇA MANTIDA. Com o advento da Lei Complementar Estadual n. 94, de 26 de dezembro de 2001, os honorários advocatícios arbitrados nas causas defendidas pela Defensoria Pública Estadual passarão a ser fixados em favor do respectivo órgão, advindo daí o seu evidente direito de cobrar as verbas correspondentes e, conseqüentemente, a sua legitimidade ativa ad causam na execução desses honorários. (AC n. 2005.009781-9, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 12.9.06).

Destarte, nada há no julgado que seja merecedor de reparos, devendo ser mantido intacto por seus próprios fundamentos.

Em relação ao prequestionamento, não vejo necessidade de manifestação expressa, visto que a matéria foi toda analisada à luz de todos os argumentos deduzidos pelo apelante.

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se intacta 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. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 14 de abril de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2009.007518-3 - Dourados
## Quarta Turma Cível
## Relator Des. Rêmolo Letteriello

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO – ESTACIONAMENTO ROTATIVO – COMPETÊNCIA DO ENTE MUNICIPAL EM REGULARIZAR O ACESSO ÀS VAGAS DE ESTACIONAMENTO EM VIAS PÚBLICAS – INOCORRÊNCIA DE DELEGAÇÃO DE AUTUAÇÃO A PARTICULARES – BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA – CONDENAÇÃO A DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS – POSSIBILIDADE – RESSALVA DO ART.12 DA LEI N. 1.060/50 – EXCLUSÃO DA MULTA APLICADA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INTUITO PROTELATÓRIO – INOCORRÊNCIA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

A normatização, pelos entes municipais, de suas respectivas áreas de utilização de parquímetros eletrônicos (estacionamento rotativo), não configura invasão de competência legislativa privativa da União, porquanto dizem respeito ao exercício do poder de polícia estatal.

Não há falar em delegação de autuação de infração à particulares, se nos autos ocorre dois momentos distintos da aplicação da norma municipal e do Código de Trânsito Brasileiro. Eventuais irregularidades dos condutores de veículos são fiscalizadas pela concessionária (§ 2º do Decreto Municipal), que cientificará a autoridade de trânsito, caso não ocorra a regularização dentro do prazo previsto no aludido decreto, cabendo a esta última (autoridade) autuar.

O beneficiário da justiça gratuita pode ser condenado às custas processuais e honorários advocatícios. Todavia, ao sentenciar, o magistrado deve deixar consignado na sentença a ressalva trazida pelo art.12 da Lei n. 1.060/50.

Não tendo a parte agido com intuito protelatório na oposição de embargos de declaração, deve ser excluída a multa aplicada pelo julgador de primeiro grau.

## 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.

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Waldir Gonçalves Legal Azambuja, inconformado com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação anulatória que move em desfavor do Município de Dourados, interpõe recurso de apelação. Aduz que o "Aviso de Irregularidade", previsto no Decreto Municipal n. 4.207/2007, não é documento reconhecido pelo Código de Trânsito Brasileiro como meio de comprovação de infração para fins de se lavrar auto de infração, uma vez que não está disposto no art.280, §2º, do CTB. Salienta que nos termos do artigo citado, a infração, dentre outros modos, poderá ser comprovada por declaração da autoridade ou agente da autoridade de trânsito, o que, diga-se de passagem, não se confunde com a declaração de particulares, funcionários do estacionamento rotativo. Ressalta que a declaração capaz de comprovar infrações só pode ser aquela lavrada por pessoas que se enquadrem nos parâmetros do § 4º do art. 280 do CTB. Aduz que o serviço público objeto de concessão circunscreve-se apenas à implantação, manutenção e operação do sistema de estacionamento rotativo pago, nunca a fiscalização à luz do CTB, visto que a aplicação da multa depende de comprovação determinada pelo § 2º do art. 280, como a constatação pelo competente agente de trânsito, o que não houve no caso em comento. Busca, ainda, a reforma da sentença que o condenou às custas processuais e honorários advocatícios, já que é beneficiário da justiça gratuita (f. 30). Requer a exclusão da multa aplicada nos embargos de declaração. Prequestiona, por fim, dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

O Município de Dourados apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação anulatória ajuizada por Waldir Gonçalves Legal Azambuja em desfavor do Município de Dourados.

Extrai-se dos autos que o autor objetiva nulificar dois autos de infração de trânsito lavrados em decorrência de não ter honrado com o pagamento pelo uso de vaga de estacionamento rotativo.

Alega o recorrente, em síntese, que o Decreto Municipal n. 4.207/2007, teria invadido a competência privativa da União (art. 22, XI, da CF). Ademais, aduz não ser possível a delegação dos atos de fiscalização de trânsito a particulares. Assim, argumenta que o aludido decreto definiu procedimentos diferentes para autuação de trânsito daqueles especificados no Código de Trânsito Brasileiro.

Como se sabe, cabe à União legislar privativamente sobre trânsito e transporte, nos termos do art. 22, XI, da Constituição Republicana. Não menos acertado, igualmente, que o princípio norteador da repartição de competências federativas é o da predominância do interesse, "[...] *segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito do peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória em um século de vigência*". (SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo,** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 478).

De tal modo, a definição e a normatização, pelos entes municipais, de suas respectivas áreas de utilização de parquímetros eletrônicos (estacionamento rotativo), não configuram, a meu ver, invasão de competência legislativa privativa da União, porquanto dizem respeito ao exercício do poder de polícia estatal, no intuito de regularizar o acesso às vagas de estacionamento em vias públicas.

Com muita propriedade, o Des. Pedro Manoel Abreu, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, analisando questão semelhante a esta na AP n. 2006.018240-3, deixou consignado, *in verbis:*

> A regulação dos estacionamentos, do tempo de permanência dos veículos nas vagas existentes em vias públicas e os seus meios de fiscalização representam matéria de direito administrativo, concernente ao exercício do poder de polícia.
>
> [...]
>
> As vias públicas representam bens de uso comum do povo e ao ente federativo municipal é dado limitar a permanência de veículos nas vagas destinadas a estacionamento, justamente para racionalizar e melhor gerir os interesses da comunidade. E não se trata de busca pela arrecadação de multas, mas de, pela rotatividade, proporcionar aos cidadãos encontrar vagas de estacionamento, geralmente definidas no centro das cidades ou nas suas imediações.
>
> [...]
>
> Transparece, aqui, o caráter meramente administrativo da disciplina dos estacionamentos, afastando-se, por isso, qualquer vício de inconstitucionalidade, vez que inexistente a invasão de competências federativas. A matéria, que há muito quedou analisada no STF, foi assim decidida:
>
> 'Constitucional. Município. Competência. Imposição de multas. Veículos estacionados sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas. Lei n. 10.328/87, do Município de São Paulo, SP. I. Competência do Município para proibir o estacionamento de veículos sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas, impondo multas aos infratores. Lei n. 10.328/87, do Município de São Paulo, SP. Exercício de competência própria "CF/67, art. 15, II, CF/88, art. 30, I" que reflete exercício do poder de polícia do Município' II. - Agravo não provido (STF, RE-AgRg n. 191363/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 3.11.98).

De outro vértice, tenho que não assiste razão ao recorrente quando afirma a impossibilidade de delegação dos atos de fiscalização de trânsito à particulares, uma vez que o artigo 280 do Código de Trânsito Brasileiro, veda tal prática.

Registro que a Lei Municipal n. 2.822/05, "*Autoriza o Poder Executivo a instituir, nos locais de estacionamento denominados "Zona Azul", sistema de pagamento do preço público com a utilização de parquímetros eletrônicos multi-vagas*". Essa mesma lei, em seu artigo 9º, também autoriza o executivo a outorgar, por processo licitatório, concessão para a administração e exploração dos estacionamentos rotativos em vias e logradouros públicos (f.44-49).

O Decreto Municipal n. 4.207/2007, que dispõe sobre a regulamentação do Aviso de Irregularidade ao sistema de estacionamento rotativo, criado pela Lei n. 2.822/2005, prevê em seus artigos, *in verbis (f.26):*

> Art.1º – Os proprietários e ou condutores de veículos estacionados em desacordo com as disposições contidas na Lei Municipal nº 2822/05 e Lei federal 9.503 – Código de trânsito Brasileiro, e que tenham sido notificados através dos Avisos de Irregularidade, terão prazo de 02 (dois) dias úteis da data de emissão aviso, para proceder à regularização perante a concessionária.
>
> §1º [...]
>
> §2- a regularização instituída pelo presente Decreto deverá ser efetuada junto às orientadoras da concessionária do serviço de estacionamento rotativo, ou diretamente na sede da mesma.
>
> Art.2º – Não ocorrendo a regularização dentro do prazo estabelecido no artigo 1º deste decreto, o Aviso de Irregularidade será convertido em auto de infração ao Código de Trânsito Brasileiro, com fulcro no inciso XVII do art.181, sujeitando-se ainda o infrator as demais sanções legalmente previstas.

A meu ver, confunde-se o apelante, como já se percebeu, visto que há dois momentos distintos da aplicação da norma municipal e do Código de Trânsito Brasileiro. As eventuais irregularidades dos condutores de veículos são fiscalizadas pela concessionária (§ 2º do Decreto Municipal), que cientificará a autoridade de trânsito, caso não ocorra a regularização dentro do prazo previsto no aludido decreto, cabendo a esta última (autoridade), autuar. Foi o que sucedeu às f.16-17, onde figuram as notificações das infrações de trânsito e os respectivos autos.

Em igual sentido o Superior Tribunal de justiça já se manifestou:

> Administrativo. Recurso especial. Multa de Trânsito. Necessidade de Identificação do agente. Auto de infração.
>
> 1. Nos termos do artigo 280, § 4º, do Código de Trânsito, o agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência. O aresto consignou que toda e qualquer notificação é lavrada por autoridade administrativa.
>
> 2. Daí não se segue, entretanto, que certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia não possam ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um simples contrato de prestação. Em ambos os casos (isto é, com ou sem delegação), às vezes, tal figura aparecerá sob o rótulo de "credenciamento". Adílson Dallari, em interessantíssimo estudo, recolhe variado exemplário de "credenciamentos". É o que sucede, por exemplo, na fiscalização do cumprimento de normas de trânsito mediante equipamentos fotossensores, pertencentes e operados por empresas privadas contratadas pelo Poder Público, que acusam a velocidade do veículo ao ultrapassar determinado ponto e lhe captam eletronicamente a imagem, registrando dia e momento da ocorrência (Celso Antônio Bandeira de Mello, in "Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 15ª edição, pág. 726):
>
> 3. É descabido exigir-se a presença do agente para lavrar o auto de infração no local e momento em que ocorreu a infração, pois o § 2º do CTB admite como meio para comprovar a ocorrência "aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual [...]previamente regulamentado pelo CONTRAN. (REsp n. 712312, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 18.8.05).

Insurge-se o apelante, ainda, sustentando que não pode ser condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, visto que é beneficiário da justiça gratuita (f. 30).

Tenho que assiste razão em parte ao apelante.

Nada obsta que o beneficiário da justiça gratuita seja condenado às despesas do processo e à verba honorária; no entanto, a ressalva do art.12 da Lei n. 1.060/50 deve estar expressamente consignada na parte dispositiva da sentença, fato não ocorrido no caso vertente.

No que tange ao pedido recorrente para exclusão da multa do parágrafo único do artigo 538 do CPC, tenho que lhe assiste razão, uma vez que não se verifica o intuito protelatório na interposição dos embargos de declaração.

Em face do exposto, conheço do recurso, dando-lhe provimento parcial, para que faça constar na parte dispositiva da sentença, a ressalva trazida pelo art. 12 da Lei n. 1.060/50, com a exclusão da multa aplicada nos embargos de declaração.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2007.032532-9 - Amambai
## Quarta Turma Cível
## Relator Des. Rêmolo Letteriello

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EMPRESA QUE COMPROVADAMENTE CAUSOU DANOS AO MEIO AMBIENTE EM VIRTUDE DE SUA ATIVIDADE LABORAL – CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO – MEDIDA QUE SE IMPÕE – ALEGAÇÃO DE VÍCIO NA CITAÇÃO AFASTADA – COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO – PERÍCIAS EXISTENTES NOS AUTOS – VALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Restando demonstrados satisfatoriamente pelo conjunto probatório colacionado os danos causados ao meio ambiente em decorrência do exercício da atividade laboral por parte da requerida, não pairam dúvidas quanto à imperiosidade de que esta seja condenada ao pagamento de uma indenização correspondente ao custo integral da completa recomposição da localidade atingida.

Tendo a parte comparecido espontaneamente e exercido de forma plena o seu direito de defesa, resta obstada a alegação de uma eventual nulidade de citação ante a inexistência de qualquer prejuízo suportado.

Revelam-se válidas as perícias existentes nos autos se a parte que questiona a correlata consistência não tem a capacidade de ilustrar eventuais irregularidades em suas conclusões, independentemente de terem sido estas efetivadas por profissionais ligados o Ministério Público Estadual que figura no polo ativo da ação.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

MS RAWHIDE – Acessórios para Cães Ltda. –, inconformada com a sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, em trâmite pela 1ª Vara da Comarca de Amambai-MS, interpõe recurso de apelação.

Aduz, em síntese, que no próprio inquérito que instruiu o feito quando de sua distribuição não restou constatada a existência de nenhum dano ambiental nas suas imediações.

Narra que a Perícia realizada no Córrego Ponteí comprova tal realidade fática (f.125) ao confirmar que os moradores se incomodavam apenas com o forte odor exalado pelas atividades desenvolvidas pelo cortume.

Sustenta que a usina de lixo situada logo acima de sua localização e o lixão, logo abaixo, podem ser responsáveis pela poluição da área.

Ressalta haver tomado todas as medidas necessárias à contenção e prevenção de danos.

Argumenta haver apresentado o projeto de adequação dos resíduos resultantes de suas atividades, bem como a licença de operação.

Relata que todas as etapas do projeto foram concluídas antes da prolação do *decisum*, de acordo com o Termo de Ajustamento de Conduta firmado em 19 de agosto de 2004.

Sustenta que os atrasos na consecução do projeto se revelam perfeitamente compreensíveis.

Assevera que diante de sua conduta inexistem danos ambientais ávidos a reparação.

Informa que não foi regularmente citada para ingressar no feito, uma vez que, se configura como simples sucessora das empresas INCORBAI e Curtume Panorama, não podendo ser responsabilizada por danos aos quais não deu causa.

Salienta que o Laudo de f.750, que aferiu a qualidade da água do Córrego Ponteí foi realizado por técnicos ligados ao Ministério Público, realidade que torna imperiosa a produção de um novo trabalho técnico.

Em contrarrazões, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul em face de Indústria de Couros Amambai Importação e Exportação Ltda. – INCORBAI – e Curtume Panorama Ltda., que foram sucedidas por MS RAWHIDE – Acessórios para Cães Ltda.

Transparece do exame dos autos que, com o ajuizamento da presente ação, o recorrido denunciou a prática de ações danosas ao meio ambiente efetivada pelas requeridas que foram sucedidas pela apelante.

O magistrado de instância singela, ao proferir a sentença impugnada, reconheceu a procedência da pretensão esboçada (f.815):

> Diante do exposto, com fulcro no artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938/81, julgo procedente o pedido da ação civil pública proposta por Ministério Público de Mato Grosso do Sul em desfavor de Indústria de Couros Amambai Importação e Exportação Ltda – Incorbai e Curtume Panorama Ltda., e por consequencia lógica, também em desfavor da sucessora das primeiras, a MS RAWHIDE – Acessórios

para Cães Ltda., para condená-las ao pagamento de indenização ao Fundo Municipal de Meio Ambiente de Amambai que corresponda ao custo integral da completa recomposição do complexo ecológico atingido até a data da efetiva cessação das atividades nocivas de modo a recuperar os atributos anteriores ao início da atividade poluidora. A indenização será apurada em liquidação de sentença.

Não merece ser objeto de reforma o pronunciamento jurisdicional efetivado.

O exame da peça recursal mostra-se apto a ilustrar que a recorrente, na verdade, alega que inexistem os danos ambientais equivocadamente reconhecidos pelo julgador, em virtude de haver tomado todas as medidas necessárias à contenção e prevenção dos prejuízos.

Narra que as provas existentes nos autos aclaram tal conjuntura.

Argumenta ter apresentado o projeto de adequação dos resíduos resultantes de suas atividades bem como a licença de operação.

Relata que todas as etapas do projeto foram concluídas antes da prolação do *decisum*, de acordo com o Termo de Ajustamento de Conduta firmado em 19 de agosto de 2004, sustentando que os atrasos na consecução do projeto se revelam perfeitamente compreensíveis.

Alega que eventuais danos ambientais podem ter sido causados também pela usina de lixo situada logo acima de sua localização e pelo lixão, logo abaixo.

Não é crível tal tese.

O conjunto probatório colacionado tornou indubitáveis os danos ambientais decorrentes da postura assumida pela apelante.

Há inúmeros laudos estampados nos autos demonstrando a poluição por esta causada.

O último laudo concretizado, por exemplo, chegou à seguinte conclusão (f. 778):

Por este resultado de análise pode-se verificar as alterações físico-químico e biológico no corpo receptor, devido ao aumento do nível de alguns parâmetros, tais como: cloreto, DBO, DQO, Oxigênio Dissolvido, Fosfato total, Nitrogênio Amoniacal, pH, Sólidos sedimentáveis e Coliformes Fecais; verificado no ponto de colete de água AM04-0622 (à jusante do ponto de lançamento). Essa alteração provavelmente é devido ao lançamento de efluente pela empresa MS RAWHIDE ACESSÓRIOS PARA CÃES LTDA. Este resultado de análise reflete a situação do corpo de água no momento da coleta, no entanto para afirmar se o empreendimento lança o seu efluente final no corpo d´àgua em conformidade com os parâmetros exigidos na legislação é necessário que o empreendedor apresente informações como: Identificação do curso d´àgua, bem como sua classe; Identificação dos usos preponderantes do curso d´àgua e seus respectivos efluentes; Novas análises do curso d´àgua e do efluente final.

Por conseguinte, a alteração das águas do Córrego Ponteí ocorreu em razão do lançamento de efluente pela empresa recorrente, que se quedou inerte quando deveria comprovar que tal lançamento ocorrera em conformidade com os parâmetros exigidos pela legislação, devendo ser ressaltado que esta nem sequer possui licença ambiental.

O Relatório de Vistoria de f. 255-299 não aclara realidade diversa ao evidenciar a existência de inúmeras irregularidades por estas práticas:

> Disposição inadequada de ferro-velho, resíduos sólidos (lixo), embalagens de produtos químicos e rejeitos industriais. Esta disposição contribui para proliferação de vetores e doenças e podem contaminar o solo e as águas superficiais e subterrâneas; O reciclo de cromo deveria ser em circuito fechado, porém estava sendo lançado em lagoa que deveria estar desativada e no tanque utilizado no novo Sistema de Tratamento. O cromo é altamente tóxico e pode estar poluindo o solo e as águas superficiais e subterrâneas; Os lançamentos clandestinos, transbordamentos do tanque e das lagoas, infiltrações dos diques de contenção, lançamento do efluente final em valeta (no solo), sem impermeabilização, podem contaminar o solo, as águas superficiais e subterrâneas e provocam a morte da vegetação e a consequente geração de impacto negativo sobre o ecossistema da região. Em vários locais constatamos a morte da vegetação, inclusive na Área de Preservação Permanente do corpo d´água (sem denominação, contribuinte do córrego Ponteí), por problemas decorrentes do dique de contenção, e ainda, lançamento do efluente final com tratamento ineficiente. Obras civis subdimensionadas ou ausentes, na indústria, ocasionando o escoamento de efluentes sólidos e líquidos no solo, com possível contaminação; Livre acesso na área do Sistema de Tratamento devido a ausência de cerca de proteção. No momento da vistoria presenciamos aproximadamente 20 reses utilizando a finalidade esta área para pastagem e as lagoas para dessedentação. Desconhecemos a finalidade da criação (pertencente a um dos funcionários do empreendimento), tais como: consumo e comercialização do leite e da carne, os quais poderão estar contaminados por produtos químicos colocando em risco a saúde da população. Queima resíduos sólidos (lixo) a céu aberto. Esta prática libera substâncias tóxicas na atmosfera, além de ser considerada prática ilegal; O empreendimento está operando regularmente perante ao Órgão Ambiental, pois não possui Licença Ambiental, e não realiza monitoramento de seus efluentes; Não podemos afirmar se os efluentes atingiram o corpo d´água e quais os danos ambientais provocados, mas acreditamos que a água proveniente do afloramento carreia esses efluentes contendo produtos químicos até o manancial provocando desequilíbrio ecológico. Diante do exposto, concluímos que é necessária a paralisação das atividades da empresa denominada Curtume Panorama Ltda até a concessão da Licença de Operação pelo órgão competente, face as irregularidades constatadas.

É importante ilustrar que também foram realizadas Inspeções Judiciais que vieram a atestar a produção dos danos negados pela apelante (f.717-749).

Nesta linha de raciocínio, são manifestos os danos causados pela empresa ao meio ambiente e a necessidade de que esta seja responsabilizada pela correlata reparação, se caracterizando como leviana a afirmação de que a culpa em exame deve ser atribuída a pessoas diversas.

Não prospera a alegação recorrente de que não fora devidamente citada para ingressar no feito em substituição às empresas INCORBAI e Curtume Panorama, situação que terminaria por obstar a sua responsabilização pela reparação dos danos visualizados, uma vez que esta exerceu, de forma plena, seu direito de defesa ao manifestar-se espontaneamente nos autos, não podendo tardiamente alegar eventual nulidade da citação ante a inexistência de prejuízos suportados.

Por fim, o fato de o Laudo de f. 750, que aferiu a qualidade da água do Córrego Ponteí, ter sido realizado por técnicos ligados ao Ministério Público Estadual, não retira de sua conclusão o caráter da consistência, pois o interesse resguardado em situações fáticas similares à presente é o da coletividade, que fora satisfatoriamente observado, tanto é verdade, que a apelante não teve a capacidade de ilustrar eventuais incorreções no trabalho técnico.

Nesta exata acepção se pronunciou a Procuradoria-Geral de Justiça (f.1864):

> No que tange à validade do parecer técnico sobre a qualidade da água do Córrego Ponteí e do solo onde a empresa está instalada, não há falar em parcialidade, pois apesar de a perícia ter sido realizada por órgão auxiliar do Parquet, este é movido pelo interesse coletivo, na defesa do meio ambiente, e não por interesses próprios. Ademais, as alegações do apelante, nesse ponto, são totalmente inconsistentes, tendo em vista que este limitou-se a dizer que a perícia não poderia ser levada em consideração, sem contudo apontar qualquer defeito ou irregularidade capaz de invalida-la [...].

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2008.015422-8 - Campo Grande
## Quarta Turma Cível
## Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – INCIDÊNCIA DO ISSQN – INCORPORAÇÃO E CONSTRUÇÃO IMOBILIÁRIA EM TERRENO PRÓPRIO PARA VENDA A PRAZO COM TRADIÇÃO FUTURA – EQUIPARAÇÃO A EMPREITEIRO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A incorporação-construção é também empreitada, atividade que se enquadra no tipo fiscal descrito no item 32 da tabela anexa ao Decreto-Lei n. 406/68, razão pela qual está sujeita à incidência do Imposto sobre Serviços – ISS.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de abril de 2009.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Ge-Sul Engenharia de Concreto Limitada, inconformado com a sentença proferida pela Juíza da 3ª Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande-MS, que julgou improcedentes os pedidos encartados nos autos da ação declaratória com pedido de tutela antecipada que move em desfavor do Município de Campo Grande, interpõe recurso de apelação.

Aduz, em síntese, que a atividade desenvolvida de incorporação de imóveis não está relacionada no item 32 da lista de serviços do Decreto-Lei n. 406/68, portanto não pode o Fisco Municipal exigir o pagamento do ISSQN.

Afirma que executa, por conta própria, a construção do edifício e, concomitantemente, promove a incorporação do condomínio ao imóvel, celebrando, ainda, contratos de compromisso de compra e venda dos apartamentos para entrega futura. Sustenta que a atitude do Fisco Municipal em autuar a apelante afronta o disposto nos artigos 146, III, "a"; 150, I, e 156, III, da Constituição Federal, bem como o contido nos artigos 8º e 9º do Decreto-Lei n. 406/68 e Lei Complementar n. 56/67 e, ainda o disposto no artigo 97, IV, do Código Tributário Nacional.

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo desprovimento do recurso interposto, mantendo-se a sentença por seus exatos termos e fundamentos.

## VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação declaratória com pedido de tutela antecipada ajuizada por Ge-Sul Engenharia de Concreto Limitada em desfavor do Município de Campo Grande.

Insurge-se a recorrente alegando que a atividade desenvolvida de incorporação de imóveis não está relacionada no item 32 da lista de serviços do Decreto-Lei n. 406/68, portanto não pode o Fisco Municipal exigir o pagamento do ISSQN.

Isso porque executa, por conta própria, a construção do edifício e, concomitantemente, promove a incorporação do condomínio ao imóvel, celebrando, ainda, contratos de compromisso de compra e venda dos apartamentos para entrega futura.

Sustenta que a atitude do Fisco Municipal em autuar a apelante afronta o disposto nos artigos 146, III, "a"; 150, I, e 156, III, da Constituição Federal, bem como o contido nos artigos 8º e 9º do Decreto-Lei n. 406/68 e Lei Complementar n. 56/67 e, ainda, o disposto no artigo 97, IV, do Código Tributário Nacional.

A irresignação não merece prosperar.

Cinge-se a controvérsia dos autos à análise da incidência do Imposto Sobre Serviços (ISS) sobre a atividade de incorporação-construção exercida pela empresa ora recorrente.

*In casu*, a empresa recorrente que explora o ramo de construção civil exercendo sua atividade de incorporadora e construtora, resolveu efetuar a construção do edifício Hill Tower em regime de incorporação, edificando em terreno próprio; no entanto, foi autuada pelo fisco municipal por não ter recolhido o ISSQN, conforme consta no Auto de Infração n. 01.004.074/01 (f. 51-54).

Desse modo, não há dúvidas de que o construtor-incorporador é também empreiteiro, cuja atividade corresponde ao tipo fiscal descrito no item 32 da tabela anexa ao Decreto-Lei n.º 406/68 e de igual forma o item 19 do artigo 155 da Lei n.º 1.466/73 (Código Tributário Municipal), incide, portanto, o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS –, *in verbis*:

> Decreto-Lei n. 406/68
>
> 32. Execução por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM)
>
> Artigo 155, item 19 da Lei n. 1.466/1973
>
> 19. execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que ficam sujeitas ao ICM).

> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que "na incorporação fundem-se dois contratos: compra e venda e empreitada " (REsp n. 57.478/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 15.5.95).

Se o incorporador assume as funções de construtor, por esta atividade, seja realizada por forma de empreitada ou de administração, está obrigado ao tributo.

Nesse sentido:

> EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. INCORPORAÇÃO E CONSTRUÇÃO EM TERRENO PRÓPRIO. EMPREENDIMENTO QUE OBJETIVA A VENDA DAS UNIDADES IDEAIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATIVIDADE SUJEITA AO ISSQN. PREVALÊNCIA DO VOTO CONDUTOR. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Há que se caracterizar a atividade da incorporadora/construtora como verdadeira empreitada, quando existir o objetivo de comercialização das unidades ideais mediante a contratação de promessas de compra e venda para entrega futura, eis que a Embargante deixa de prestar serviço a si mesma para prestá-lo aos promissários compradores. Daí por que a incidência do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre o serviço efetivamente prestado é medida que se impõe. (TJMS, EI em AC n. 2005.005763-3/0001.00, Segunda Seção Cível, Relª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 13.3.06, DJMS 30.3.06)

Quanto ao prequestionamento, para efeito de eventual interposição de recursos para as instâncias superiores, dos artigos 146, III, "a"; 150, I, e 156, III, da Constituição Federal, bem como o contido nos artigos 8º e 9º, do Decreto-Lei n. 406/68 e Lei Complementar n. 56/67 e, ainda, o disposto no artigo 97, IV, do Código Tributário Nacional, tenho que resta superada.

Entendo que o prequestionamento a que alude a jurisprudência dos Tribunais Superiores não exige a menção expressa do dispositivo legal tido por malferido, mas sim o debate sobre a matéria de direito nele versada.

Tendo o Tribunal de origem se manifestado acerca de todos os pontos suscitados na peça recursal de apelação, abordando a matéria segundo seu próprio entendimento, reveste-se insubsistente o pedido para pronunciamento sobre determinado ponto específico, como requerido neste apelo.

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 14 de abril de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2008.024128-4 - Campo Grande
## Terceira Turma Cível
## Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MORTE DE CRIANÇA LEVADA PELA ENXURRADA ATRAVÉS DA VALETA DE CONCRETO – GENITOR QUE SE APROXIMOU DO LOCAL JUNTO COM A VÍTIMA – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO – FALTA DE SINALIZAÇÃO E DE GRADE PROTETORA – OMISSÃO – NÃO CARACTERIZADA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ENTE PÚBLICO – ATO COMISSIVO – CONSTRUÇÃO DE FORMA CORRETA DA VALETA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 37, § 6º, que a responsabilidade civil da Administração Pública decorrente de atos comissivos causados por seus agentes a terceiros é objetiva, baseado na teoria do risco administrativo. Isso significa dizer que a responsabilidade do município pode ser atenuada, caso se prove que a vítima concorreu para a ocorrência do fato, ou até afastada, quando houver culpa exclusiva da vítima.

Verificado, no caso concreto, que a vítima deu causa ao evento, caindo em sistema de canalização construído pela Prefeitura ao aproximar-se da vala de concreto, a fim de observar o nível da água das chuvas, não há falar em responsabilidade do município, pois a culpa exclusiva da vítima é uma das hipóteses que excepcionam a responsabilidade do ente público.

## 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, 23 de março de 2009.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Valdir Souza da Silva e Vera Lúcia Alves da Silva, por estarem inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Reg. Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Reparação de Danos - Ordinário que move em face de Município de Campo Grande, MS, interpõem apelação cível nesta Corte.

Objetivam a reforma do *decisum* que julgou improcedente o pedido formulado na exordial.

Alegam que foram apresentados vários documentos referentes ao dano e o nexo de causalidade, bem como parecer de Engenheiro com 25 anos de profissão, Membro do Instituto Brasileiro de Avaliação e Perícia,

que percebe a necessidade e urgência de colocação de grelha e cerca de proteção na valeta, que, se colocados, teriam impedido a morte do menor.

Aduzem que é inadmissível a fundamentação do magistrado quando diz que as pessoas não deveriam estar no local, e que o risco é excluído com adoção mínima de cautela exigível de um homem médio. E mais, salientam ainda que todos têm direito constitucional de ir e vir, devendo o Estado oferecer segurança e proteção a todos os cidadãos, quer através de ações ou abstendo-se de fazê-las.

Relatam que as crianças sempre brincam na chuva sem perceberem o perigo, além do que, inexistia, no local, placas de proibição ou sinalização por parte do apelado, explicando o perigo a que o público estava exposto. Desta forma, presente está a omissão culposa do Estado caracterizando assim a culpa em sentido objetivo.

## VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Valdir Souza da Silva e Vera Lúcia Alves da Silva, por estarem inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Reg. Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Reparação de Danos - Ordinário que move em face de Município de Campo Grande, interpõe apelação cível nesta Corte.

Alegam que foram apresentadas várias documentações referentes ao dano e o nexo de causalidade, bem como parecer de Engenheiro com 25 anos de profissão, membro do Instituto Brasileiro de Avaliação e Perícia, o qual percebe a necessidade e urgência de colocação de grelha e cerca de proteção na valeta, que, se colocados, teria impedido a morte do menor.

Versam os autos sobre pedido de indenização por danos morais e materiais, em virtude de uma criança de 10 (dez) anos ser arrastada pela enxurrada através da vala de concreto e lançada no córrego após forte chuva, quando o pai da vítima a levou para ver se o nível de água das chuvas havia abaixado.

O recurso não merece prosperar, vejamos:

A Constituição Federal de 1988 consagra, em seu artigo 37, § 6º, a responsabilidade civil do Estado, *in verbis*:

> Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como é cediço, a Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, acolheu a responsabilidade objetiva do Estado, segundo a qual, o Estado responde objetivamente pelos danos causados resultantes de ação ou omissão dos agentes do Estado, independentemente de culpa.

Em assim sendo, em matéria de responsabilidade civil do Estado, o direito brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, segundo a qual:

> [...] O Estado apenas poderá atenuar ou excluir a sua obrigação ressarcitória, conforme provar culpa concorrente ou exclusiva do prejudicado. (Arnaldo Maramitt; A responsabilidade civil nos acidentes de automóvel, Ed. Aide, 1986, p. 58) - destaque

O Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo deixou assente:

> A teoria do risco administrativo não leva à responsabilidade objetiva integral do Poder Público, para indenizar em todo e qualquer caso, mas sim dispensa a vítima da prova da culpa do agente da Administração, cabendo a esta a demonstração da culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, para que então fique ela total ou parcialmente livre da indenização. (AC n. 460.337-2, Oitava Câmara, Rel. Raphael Salvador, RT676/121).

Verifica-se, no caso em comento, que os apelantes pretendem imputar responsabilidade objetiva ao apelado, sob alegação de conduta omissiva culposa, uma vez que deveria colocar grades de proteção e placas de sinalização no local do acidente.

É cediço que, em se tratando de ato omissivo da Administração Pública, a responsabilidade é subjetiva, ocasião em que deverão ser demonstrados o dolo ou culpa, numa de suas modalidades, quais sejam, imprudência, imperícia e negligência.

Neste sentido:

> Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência -- não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- faute du service dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. (STF, REsp n. 382054/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 3.8.04) (destaquei).

Contudo, no presente caso, não há falar em responsabilidade subjetiva do Município, ante a falta de colocação de grades de proteção na valeta onde ocorreu o acidente.

Ao contrário, estamos diante de ato comissivo da Administração Pública em realizar de forma correta a construção da valeta para escoamento da água, visando a melhoria no bairro e o bem estar da população. Logo, vê-se que a responsabilidade da parte ré é objetiva, ante a sua conduta comissiva.

É necessário salientar, ainda, conforme bem fundamentado pelo magistrado, que a colocação da grade de proteção nem sempre é viável, tendo em vista a existência de folhas e galhos que impedem a passagem da água.

Eis os fundamentos da sentença (f. 72/81):

> [...] De início, consigne-se que o Município é responsável pelo funcionamento do sistema de captação de águas das chuvas nas vias públicas.
>
> Assim, utiliza os meios que tem à sua disposição para atingir o seu objetivo, sendo um deles a instalação de valetas de concreto em locais estratégicos.
>
> Logo, não há como desprezar a existência de um sistema de captação de águas que efetivamente funcione atende ao interesse público e o risco de acidentes a que os pedestres ficam expostos é praticamente inexistente, pois basta um mínimo de cautela para evitá-los.

> Os autores afirmam que o filho caiu na valeta de concreto e foi arrastado pela enxurrada porque esta estava aberta, ou seja, sem uma grade de proteção.
>
> Ocorre que, em princípio, a instalação de uma grade de proteção na valeta de concreto que recebe a água e a transporta para local adequado nem sempre é viável porque impedirá a absorção do volume necessário para evitar os alagamentos nos centros urbanos, principalmente pela presença de folhas e galhos que dificultam a vazão da água.
>
> Outrossim, não merece amparo os argumentos dos apelantes de que houve omissão por parte do apelado.
>
> Pelo contrário, o município realizou a construção da valeta com a intenção de melhorar o fluxo das águas da chuva, fazendo com que desaguassem diretamente no córrego.
>
> E, ainda, de acordo com o julgador *a quo*:
>
> Em suma, as reportagens apresentadas pelos autores não demonstram a falta do serviço público[...]
>
> [...]
>
> Assim, o meio de prova eleito pelos autores é insuficiente para imputar ao Município falha no projeto executado para a captação das águas das chuvas.

Mas isso não é só, denota-se, no caso em testilha, que não há falar em responsabilidade objetiva da Administração Pública, uma vez que a culpa exclusiva da vítima é situação que excepciona a responsabilidade imputada ao apelado, fato verificado no presente caso, de acordo com a declaração contida na inicial (f. 03):

> A queda do garoto no córrego ocorreu quando ele juntamente com seu pai, irmão e outros amigos estavam verificando próximo à vala, se o nível de água das chuvas tinha diminuído, e acabou caindo no sistema de canalização, sendo arrastado pela enxurrada, porque não tinha grade protetiva ou tela ou ferro.

Neste diapasão:

> O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima. (STF, REsp, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 28.5.96, RT 733/130).
>
> [...]
>
> Ainda que se trate de responsabilidade objetiva, a culpa exclusiva da vítima rompe o nexo de causalidade e, em consequência, afasta a responsabilidade e o dever de indenizar. (TJMG, AC n. 1.0024.03.023817-4/001, Décima Quarta Turma Cível, Rel. Des. Valdez Leite Machado, julgado em 23.11.06, DJ de 13.12.06).

Como bem fundamentado pelo magistrado *a quo*:

> Aceitar a tese de que a falta da instalação da grade de proteção, por si só, gera a obrigação de indenizar seria o mesmo que adotar a teoria do risco integral, há muito abandonada pelos doutrinadores.

E mais, deveria o genitor da vítima tomar as devidas precauções, principalmente sabendo que era um local perigoso, tendo em vista a forte chuva e a grande quantidade de água que ali corria.

E, ainda, o fato de todo cidadão possuir o direito constitucional de ir e vir e ser protegido pelo ente público como alega o apelante, não significa dizer que o recorrente poderá percorrer os lugares que bem entender imputando única e exclusivamente a responsabilidade ao Estado. É dever de todo cidadão também, ao menos, tomar o mínimo de cautela possível, mormente em situações como a dos autos.

Nesse sentido são os fundamentos da decisão exarada (f.72-81):

> O pedestre tem a obrigação de agir com a devida cautela ao circular pelas vias públicas.
>
> Era do conhecimento do pai do menor a existência da valeta de concreto que possibilitava a drenagem das águas pluviais, assim, não há como deixar de observá-la, ou seja, ignorá-la.

Por fim, quanto às afirmações tecidas pelo Engenheiro, é necessário dizer que não se pode atribuir um valor probatório em grau máximo, uma vez que se trata apenas de opinião em relação à vala.

Analisando os seus comentários em f. 21, percebe-se que nem mesmo ele possui a plena certeza de que a grade de ferro evitaria o infortúnio, vejamos:

> Para Shimabukuro, itens como a disposição de uma grelha, espécie de grade de ferro, na valeta além de uma cerca de proteção no local **poderiam** ter impedido que o garoto fosse arrastado até o córrego.
>
> E termina: *[...] tragédia como a do garoto Rafael Silva, 9 anos, poderiam ser evitadas com a maior atenção dos pais".*

Destarte, vê-se que, havendo ou não grades de proteção na valeta, o que realmente predomina é a atenção dos pais para com seus filhos.

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 23 de março de 2009.

***

## Apelação Cível n. 2008.036876-2 - Campo Grande
## Terceira Turma Cível
## Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO ADESIVO PREJUDICADO – INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO CURSO DE PEDAGOGIA PERANTE A SECRETARIA DO MEC – PEDIDO REALIZADO UM MÊS ANTES DO TÉRMINO DO CURSO – DEMORA NA EMISSÃO E ENTREGA DO DIPLOMA AO ACADÊMICO – IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO NO SALÁRIO DEVIDO À DEMORA DO CERTIFICADO – AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DA PARTE AUTORA PERANTE A MUNICIPALIDADE – INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DA PREFEITURA MUNICIPAL EM CONCEDER O AUMENTO – PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO DEMONSTRADOS – ÔNUS DA PROVA QUE LHE COMPETE – RECURSO PROVIDO.

Se o autor, servidor municipal, sequer pediu administrativamente a elevação de nível funcional de PH1/C para PH2/C, por força da conclusão de curso superior, mediante apresentação de certidão de conclusão de curso fornecido pela Universidade, inexistem as provas da existência do fato lesivo e do consequente prejuízo na remuneração a autorizar a indenização.

Se o autor não prova os fatos constitutivos do seu direito, *ex vi* do artigo 333, I, do CPC, o pedido formulado na inicial haverá de ser julgado improcedente.

## 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 da UNIDERP, nos termos do voto do relator e julgar prejudicado o recurso adesivo.

Campo Grande, 16 de março de 2009.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

UNIDERP - Universidade para o Desenvolvimento do Estado e Região do Pantanal e Margareth Luz Carlos de Jesus, por estarem inconformadas com a sentença prolatada pelo Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de indenização que esta move em face daquela, interpõem apelações cíveis nesta Corte nas quais objetivam a reforma do *decisum*.

Do recurso de apelação interposto por Uniderp

Alega que os pressupostos da responsabilidade civil não estão presentes, quais sejam, ato ilícito, dano e o nexo de causalidade.

Aduz que a recorrida não acostou, aos autos, os documentos que comprovem que não foi possível a sua mudança da Classe PH1/C para a Classe PH2/C perante a municipalidade de Campo Grande- MS. E ainda, apenas foram trazidos, aos autos, cópias dos holerites e tabelas extraoficiais, não expedida pela Secretaria Municipal de Administração.

Assevera que o cálculo realizado pelo magistrado no que tange a data da colação de grau está correto, ou seja, seis meses depois de 22.8.03, isto é, 22.2.04, data em que o diploma deveria estar à disposição da autora. Porém, o julgador não levou em consideração que o diploma se encontra à disposição seis meses após a solicitação de expedição pelo acadêmico formado. E, neste caso, o certificado já se encontrava com a apelada desde 30.11.04.

Relata que a Resolução do Conselho Universitário n. 017/99-A, criou o Curso de Pedagogia obrigando a recorrente a solicitar o seu reconhecimento perante a Secretaria de Educação Superior do MEC, para que pudesse expedir os diplomas com validade nacional. Dessa forma, a apelante cumpriu com todas as suas obrigações, dependendo apenas da ultimação dos procedimentos do MEC, o qual se encerrou em 23.9.2004. Assim, ocorreu um fato de terceiro, o que exclui a responsabilidade da universidade, já que o atraso na entrega do diploma se deu por motivo dos procedimentos do MEC.

Sustenta que a recorrida não demonstrou qualquer tipo de dor, vexame, sofrimento, humilhação, angústia, ou qualquer desarmonia em seu bem estar, capazes de ensejar o abalo moral.

Requer, por fim, a redução do *quantum* a título de danos morais.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso.

Do recurso adesivo interposto por Margareth Luz Carlos de Jesus

Alega que a sentença estabeleceu o pagamento de danos materiais decorrentes da falta de elevação para o nível superior, isto é, mudança da classe de PH1/C para PH2/C, por parte do empregador município de Campo Grande- MS, apenas no período de 22.2.04 a 5.4.05. Entretanto, a apelante demonstrou documentalmente que o prejuízo iniciou-se no mês de setembro de 2003.

Aduz que a data da entrega de um documento não pode ser utilizada como prazo para qualquer dano, pois para cessar o prejuízo a recorrente protocolou o pedido de elevação de nível e somente após 60 dias é que teve seus proventos regularizados (f. 34-70). Assim, a data comprovada dos danos materiais deve ser estendida até 5.6.05.

Salienta que o valor dos danos morais é ínfimo, porquanto suportou vários prejuízos desde setembro de 2003 até maio de 2005, motivo pelo qual, requer sua majoração para R$ 13.695,00.

Requer que seja afastada a sucumbência recíproca, já que decaiu em parte mínima do pedido.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso adesivo.

## VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

UNIDERP - Universidade para o Desenvolvimento do Estado e Região do Pantanal e Margareth Luz Carlos de Jesus, por estarem inconformadas com a sentença prolatada pelo Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de indenização que esta move em face daquela, interpõem apelações cíveis nesta Corte nas quais objetivam a reforma do *decisum*.

Do recurso de apelação interposto por Uniderp

Tenho que o recurso merece provimento, vejamos:

Em relação aos pressupostos da responsabilidade civil, vê-se que esta está fundamentada em quatro requisitos básicos, quais sejam: 1) ação ou omissão do agente; 2) fato lesivo; 3) dano causado; 4) nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano causado.

O eminente professor Silvio Rodrigues, desde os comentários ao artigo 159 do Código Civil de 1916 e agora, também, em comentários às disposições correlatas do Código Civil de 2002, de forma semelhante, ensina-nos que são pressupostos da responsabilidade civil e, assim, do dever de indenizar, uma ação ou omissão do agente, a culpa desse agente, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Assim, verifica-se que a apelada será indenizada caso preencha os requisitos acima descritos.

Ao compulsar os autos, vejo que não ficou demonstrado o fato lesivo, isto é, a autora não comprovou ter requerido perante a Prefeitura Municipal a alteração de nível PH1/C para PH2/C, para efeito de receber melhor remuneração; não comprovou a legislação municipal à alegada exigência do diploma; não comprovou a negativa da Prefeitura Municipal em atender sua pretensão mediante apresentação de simples certidão de conclusão de Curso Superior.

Daí se infere que a omissão foi da própria recorrida e não da universidade.

Mas isso não é só, é mister destacar que geralmente os procedimentos burocráticos exigidos pela Prefeitura Municipal de Campo Grande no tocante ao concurso público e outros encargos não requerem do interessado que apresente o diploma universitário devidamente registrado, exigindo apenas que o candidato possua escolaridade superior o que facilmente pode ser comprovada pelo termo de conclusão de curso, expedido pela própria universidade.

Desse modo, denota-se que a ausência do fato lesivo, exclui a incidência dos demais requisitos autorizadores do direito à indenização, quais sejam, dano causado e nexo de causalidade, motivo pelo qual não há falar em responsabilidade da Universidade.

E ainda, é necessário esclarecer que o ônus da prova incumbe à parte autora, quanto aos fatos constitutivos de seu direito.

Nessa hipótese, Moacyr Amaral Santos, com a autoridade que lhe é peculiar, em se tratando do ônus da prova, ensina que:

> Por ora, basta que se saiba que, na hipótese da contestação consistir em negativa indeterminada, ou absoluta, caberá ao autor provar os fatos fundamentos da ação. Não os provando, não encontra o juiz elementos para concluir pela verdade deles, pelo que terá que julgar improcedente a ação [...]. (Autor cit., Prova Judiciária no Cível e Comercial, Max Limonad Editor, 1º volume, p. 135).

> Nesse diapasão, Salvatore Patti, citado por Marinoni, observa que: "[...] a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do

> estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor [...]". (PATTI, Salvatori, Prove – Disposizioni generali, Bologna-Roma: Zanichelli e II Foro Italiano, 1987. In: MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, Manual de Processo de Conhecimento, 5ª ed., Editora RT. p. 269).

No caso vertente, a autora não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, *ex vi* do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Assim, a improcedência da ação é medida que se impõe.

Pelo exposto, conheço do recurso, e dou-lhe provimento para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais e materiais. Por consequência, julgo prejudicado o recurso da autora.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DA UNIDERP, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR E JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 16 de março de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2009.004244-5 - Campo Grande
## Terceira Turma Cível
## Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – DETRAN – ADULTERAÇÃO DE CHASSI – TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO OBJETO DE FURTO – RESPONSABILIDADE – DANO MATERIAL COMPROVADO – DANO MORAL – CONFIGURADO – RECURSO PROVIDO.

Para se caracterizar a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros, é necessário que o terceiro lesado comprove a ausência do serviço, se funcionou de forma defeituosa, ou pela demora deste, e, em havendo nexo de causalidade entre a omissão estatal na prestação do serviço, ou sua má-prestação, e o dano experimento pela vítima, impõe-se o dever de reparar.

Se o Detran permite a transferência de veículo, com adulteração de chassi, que posteriormente é apreendido pela polícia, tem o dever de indenizar o adquirente pelos danos causados em virtude da má-prestação do serviço de vistoria e fiscalização de veículo objeto de furto.

A obrigação de reparar o dano moral sofrido possui dupla finalidade: compensar o dano experimentado pela vítima e punir o ofensor, a fim de servir de lenitivo, de uma espécie de compensação para atenuar o sofrimento havido, bem como atuar como sanção ao causador do dano, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos.

Desde que comprovados nos autos os danos materiais sofridos pela vítima, impõe-se o dever de reparar.

## 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, 25 de maio de 2009.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Dalva Sueli Gonçalves Ibanez, inconformada com a sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização de Danos Materiais e Morais que move em face do Detran e de Ernane Veículos Ltda., interpõe o presente recurso, objetivando a reforma daquela.

A sentença julgou improcedente o pedido formulado na exordial em face do Detran-MS – Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, e julgou extinto o feito sem resolução do mérito em face de Ernani Veículos Ltda., por ausência de interesse de agir.

A apelante informa inicialmente que, em 13.5.02, adquiriu o veículo descrito na inicial pelo valor de R$ 6.300,00 da Sra. Evanir Carneiro Monteiro de Brito, e que esta adquiriu o veículo de Maria Madalena Vitório Braga, que por sua vez, o adquiriu de Ernane Veículos Ltda.

Informa que, em 24.7.02, os policiais da Delegacia Especializada de Furtos e Roubos de Veículos apreenderam o veículo de propriedade da apelante, sob alegação de restrição de "furto" contido no veículo desde 11.5.99.

Alega a apelante que, quando da transferência do veículo, o Detran-MS certificou-se da boa origem do automóvel, tanto que não criou nenhum óbice para sua transferência.

Ao seguir, alega que, ao contrário do que restou sentenciado, o Detran é responsável pelo dano acusado à apelante, já que pela perícia juntada aos autos em F. 21 TJMS, conclui-se pela presença de solda, indicando que o pedaço de chapa metálica foi transplantada de outro veículo semelhante, vistoria esta que deveria ter sido feita pelo Detran.

Sustenta que, desde a transferência do veículo para o nome dos proprietários anteriores, o Detran-MS vem agindo com negligência, pois, ao vistoriar o veículo, não checou criteriosamente o número do chassi, nem atentou para a adulteração constatada.

Aduz que o Detran-MS tem por obrigação, detectar as alterações existentes nos chassis dos automóveis que vistoria e fiscaliza, devendo o referido órgão ressarcir os prejuízos decorrentes da sua negligência que culminou com tantos transtornos e dissabores à requerente, mormente por se tratar de responsabilidade objetiva.

Sustenta que a conduta negligente do Detran, dando causa aos prejuízos sofridos por particulares, como é o caso da apelante, gera o dever de indenizar.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença, para condenar o apelado ao pagamento dos danos materiais e morais sofridos pela autora, conforme pleiteado na inicial.

Em apresentação de contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Dalva Sueli Gonçalves Ibanez, inconformada com a sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização de Danos Materiais e Morais que move em face do Detran e de Ernane Veículos Ltda., interpõe o presente recurso, objetivando a reforma daquela.

A sentença julgou improcedente o pedido formulado na exordial em face do Detran-MS – Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, e julgou extinto o feito sem resolução do mérito em face de Ernane Veículos Ltda., por ausência de interesse de agir.

A apelante informa, inicialmente, que em 13.5.02, adquiriu o veículo descrito na inicial pelo valor de R$ 6.300,00 da Sra. Evanir Carneiro Monteiro de Brito, e que esta adquiriu o veículo de Maria Madalena Vitório Braga, que por sua vez, o adquiriu de Ernane Veículos Ltda.

Informa que, em 24.7.02, os policiais da Delegacia Especializada de Furtos e Roubos de Veículos apreenderam o veículo de propriedade da apelante, sob alegação de restrição de *"furto"* contido no veículo desde 11.5.99.

Alega a apelante que, quando da transferência do veículo, o Detran-MS certificou-se da boa origem do automóvel, tanto que não criou nenhum óbice para sua transferência.

Ao seguir, alega que, ao contrário do que restou sentenciado, o Detran é responsável pelo dano acusado à apelante, já que pela perícia juntada aos autos em f. 21 TJMS, conclui-se pela presença de irregularidades apresentadas no veículo, vistoria esta, que deveria ter sido feita pelo Detran.

Sustenta que, desde a transferência do veículo para o nome dos proprietários anteriores, o Detran-MS vem agindo com negligência, pois, ao vistoriar o veículo não checou criteriosamente o número do chassi, nem atentou para a adulteração constatada.

Aduz que o Detran-MS tem por obrigação, detectar as alterações existentes nos chassis dos automóveis que vistoria e fiscaliza, devendo o referido órgão ressarcir os prejuízos decorrentes da sua negligência que culminou em tantos transtornos e dissabores à requerente, mormente por se tratar de responsabilidade objetiva.

Sustenta que a conduta negligente do Detran, dando causa aos prejuízos sofridos por particulares, gera o dever de indenizar.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença, para condenar o apelado ao pagamento dos danos materiais e morais sofridos pela autora, conforme pleiteado na inicial.

De início, cumpre salientar que, em se tratando de omissão de comportamento pelo agente público, do qual resulta dano na esfera jurídica de terceiros, por não ter sido cumprida determinada prestação dentre as que incumbem à Administração realizar em prol da coletividade, fala-se na incidência da teoria da *faute du service*.

Segundo estabelece o § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, o Detran-MS, entidade autárquica estadual, responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, exceto nos casos em que fique comprovada a culpa exclusiva da vítima.

Segundo os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Essa culpa do serviço ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (faute) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário. (p. 527)

Como se observa, na teoria da culpa administrativa ou do serviço público, a responsabilidade civil do Estado por atos praticados por seus agentes é vista sob a ótica do direito privado, o que caracteriza um regime jurídico estritamente privatístico, mas desvincula a responsabilidade do ente estatal da idéia de culpabilidade do funcionário, passando a falar-se em culpa do serviço.

Nesse caso, mister se faz a comprovação do nexo de causalidade, impondo-se a demonstração de que o dano resultou diretamente da inação dos agentes administrativos ou do mau funcionamento de um serviço da Administração, e, em sendo assim, incide a responsabilidade estatal independentemente de qualquer indagação acerca da culpa do servidor.

A respeito do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que:

> Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito - culposo ou doloso - consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto.
>
> Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada de faute du service entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou 'falta de serviço' quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva.
>
> [... ]
>
> É mister acentuar que a responsabilidade por 'falta de serviço', falha do serviço ou culpa do serviço (faute du service, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.
>
> Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.' (Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 16ª edição, pág. 861/863)

Como se vê, para se caracterizar a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros, é necessário que o terceiro lesado comprove a ausência do serviço, se funcionou de forma defeituosa, ou pela demora deste.

Assim, para que fique configurado o dever de indenizar, basta a ocorrência de um evento danoso e o nexo de causalidade existente entre a ação ou omissão estatal e o prejuízo sofrido pela vítima.

No caso em comento, entendo que restou satisfatoriamente comprovado o mau funcionamento do serviço público, de modo a evidenciar a culpa da autarquia estadual pelos prejuízos suportados pela apelante, que adquiriu o veículo confiando na vistoria e fiscalização realizada pelo Detran, que autorizou a transferência à apelante sem qualquer restrição, por não haver constatação de qualquer irregularidade.

Entretanto, após a aquisição e registro do veículo, a apelante foi surpreendida com a apreensão do veículo, por policiais da Delegacia Especializada de Furtos e Roubos de Veículos de Campo Grande, por existir a suspeita de furto.

Uma vez realizada a perícia técnica, concluiu-se que *'a superfície suporte do sequencial identificador de chassi do veículo examinado, na data dos exames, apresentava vestígios característicos nos casos de ADULTERAÇÃO por TRANSPLANTE de veículo semelhante.'* (f. 132 TJMS)

Conforme declaração prestada à f. 100 TJMS, pela Sra. Evanir Carneiro Monteiro de Brito, de quem a apelante adquiriu o veículo, extrai-se o seguinte:

> Que a declarante é ex-proprietária do veículo [...]; que a declarante vendeu referido veículo no dia 13.5.002 para a Sra. Dalva Sueli Gonçalves Ibanez, [...]; que a declarante comprou o referido veículo em 16.06.01, aproximadamente, salientando a declarante que comprou o referido veículo da garagem de compra e venda de veículos denominada HE Veículos; que a declarante pagou a importância de R$ 7.500,00 por tal veículo; que a declarante esclarece que não tinha conhecimento de nenhuma

> irregularidade ou adulteração em relação ao veículo, visto que a declarante levou tal veículo ao DETRAN para ser vistoriado, quando transferiu para o seu nome e nada foi constatado e ainda o fato de a pessoa que comprou o veículo também o levou ao DETRAN para ser vistoriado para transferir para o seu nome [...]

Do acima exposto, tem-se que, em sendo o Detran o órgão estatal encarregado de tomar as providências atinentes ao registro, identificação, licenciamento e transferência de veículos, cabe-lhe, por seu turno, nos casos de transferência do veículo para proprietário diverso, efetuar a vistoria, que é um procedimento obrigatório e que, dentre outras irregularidades, visa identificar eventual alteração no chassi do veículo.

Note-se que o veículo era objeto de furto desde 11.5.99, e mesmo apresentando irregularidades e sinais de adulteração no chassi, vinha passando por vistorias do Detran sem qualquer constatação, o que denota que o serviço foi mal prestado pela autarquia estadual.

É de salientar que, se as vistorias e fiscalizações não tivessem sido prestadas de forma negligente pelo Detran, a autora não teria adquirido o veículo objeto de furto, e consequentemente não teria suportado os danos causados em razão dessa omissão.

Ao não tomar os devidos cuidados no momento da vistoria, permitindo a transferência de veículo com chassi adulterado, o Detran age de forma negligente, causando ao adquirente danos de grande monta, tendo em vista que além de ver-se privado do bem adquirido, tem que suportar os danos materiais e morais decorrentes da apreensão do veículo.

Assim, quando da transferência do veículo, cabe ao Detran a verificação de que o chassi encontra-se sem adulteração, sob pena de se permitir a transferência de automóvel objeto de furto, como ocorreu na hipótese dos autos, por negligência dos funcionários do apelado.

Se o Detran não adotou todas as medidas ao seu dispor, permitindo a transferência de veículo com chassi adulterado, deve responder pelos prejuízos causados à apelante.

Nesse sentido:

> CIVIL, PROCESSO CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - CABIMENTO - AQUISIÇÃO DE VEÍCULO FURTADO - ADULTERAÇÃO DO CHASSI - NÃO IDENTIFICAÇÃO DA FRAUDE PELO DETRAN - EFETUAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA - VISTORIA MAL FEITA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - REPARAÇÃO DEVIDA.
>
> 1. A pessoa jurídica de direito público, prestadora de serviço público, por força inclusive do normativo constitucional, responde pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.
>
> 2. A transferência e o irregular emplacamento de veículo objeto de furto faz nascer para o Estado o dever de reparação, sobretudo porque este, para exercer este munus, cobra taxas do contribuinte e torna confiável o serviço específico prestado.
>
> 3. Deu-se provimento apelo. (TJDF, AC n. 20030110833100, Segunda Turma Cível, Rel. J. J. Costa Carvalho, julgado em 12.12.05, DJ 4.5.06, p. 85).

Assim, uma vez estabelecida a responsabilidade da autarquia estadual pelos prejuízos de ordem material e moral suportados pela apelante, passo à análise do pedido de indenização propriamente dito.

Em relação ao pedido de indenização pelos danos materiais, tenho que merece procedência, uma vez que ao contrário do dano moral, o dano material deve estar devidamente comprovado nos autos.

No caso dos autos, vê-se que restou devidamente comprovado o valor de R$ 6.300,00, em F. 42 TJMS/ verso, por meio de documento hábil a comprovar o pagamento da referida quantia.

Assim, diante da comprovação, julgo procedente o pedido de indenização por danos materiais, para condenar o Detran, ao pagamento da quantia de R$ 6.300,00 à apelante, a ser corrigida pelo INPC e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, ambos a contar da data do evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 do STJ.

No que tange ao dano moral, tenho que o pedido deve ser julgado procedente.

Como é cediço, muito se discute acerca da natureza jurídica da obrigação de indenizar o dano moral. Porém o entendimento majoritário é no sentido de que essa obrigação de reparar possui dupla finalidade: compensar o dano experimentado pela vítima e punir o ofensor, a fim de servir de lenitivo, de uma espécie de compensação para atenuar o sofrimento havido, bem como atuar como sanção ao causador do dano, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos.

Ademais, saliente-se que 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, levando-se em consideração as condições financeiras das partes, de maneira que o dever de reparar faça sentido para ambas.

Logo, tenho que o valor de R$ 5.000,00 repara o dano moral em conformidade com o acima descrito.

Ante o exposto, conheço do recurso, e dou-lhe provimento para reformar a sentença, e julgar procedentes os pedidos formulados na exordial, para condenar o Detran-MS ao pagamento da quantia de R$ 5.000,00 pelos danos morais suportados pela autora, em razão da má prestação do serviço pela entidade autárquica, e da quantia de R$ 6.300,00, pelos danos materiais, a ser corrigida pelo INPC e acrescida de juros de mora desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 do STJ.

Invertam-se os ônus de sucumbência.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 25 de maio de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2008.012775-7 - Campo Grande
## Primeira Turma Cível
## Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO ORDINÁRIA DE PENSÃO POR MORTE – ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – AFASTADA – PREVIDÊNCIA MUNICIPAL – MÃE QUE DESEJA RECEBER PENSÃO POR MORTE DO FILHO – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA – CUMULAÇÃO DE PENSÃO – PREVIDÊNCIA GERAL E PREVIDÊNCIA MUNICIPAL – FONTES DE CUSTEIO DISTINTAS – POSSIBILIDADE – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO-PROVIDOS.

Se a mãe do segurado dele dependia financeiramente, possui o direito de receber pensão por morte do filho falecido.

Não há vedação à cumulação da pensão por morte vinculada ao regime geral de previdência com a pensão por morte do regime próprio de previdência municipal, já que provenientes de fontes de custeio distintas.

## 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, 31 de março de 2009.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Cuida-se de reexame obrigatório e recurso de apelação interpostos por Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande - IMPCG - contra decisão de f. 103-114, proferida nos autos da ação ordinária de pensão por morte que lhe move Maria Cardoso dos Santos.

O apelante insurge-se contra a sentença que julgou procedente a ação ordinária, alegando, em síntese, que:

> [...] A nobre julgadora julgou procedente o pedido formulado pela autora por entender que esta demonstrou depender economicamente de seu filho falecido, o ex-segurado da previdência social municipal Ademir Cardoso dos Santos, preenchendo todos os requisitos exigidos pela legislação previdenciária municipal. (F. 124).
>
> [...] O inciso II do art. 11 da Lei Complementar n. 64/2004, que rege a Previdência Social dos Servidores Públicos Municipais, disciplina que o pai e mãe, maiores, respectivamente de 65 (sessenta e

> cinco) anos e de 60 (sessenta) anos de idade, ou inválidos, sem rendimentos próprios e sem amparo de outro órgão previdenciário, e que vivam às expensas do segurado, são considerados dependentes desses para obtenção dos benefícios previdenciários. (F. 124).
>
> [...] da análise dos autos, em especial das provas testemunhas produzidas verifica-se que todas as testemunhas arroladas pela autora foram unânimes em informar ao juízo que essa recebe pensão em decorrência do óbito de seu marido. (F. 124).
>
> Por fim, o Instituto-apelante requer [...] o presente recurso ser conhecido e provido, com o escopo de reformar-se a decisão monocrática, determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem para a produção de nova prova, sendo ela: o depoimento pessoal da autora, para prestar esclarecimentos, objetivando a elucidação e o deslinde da questão, consoante requerido nas razões recursais, com as consequências daí advindas. (F. 127).

A apelada, em contrarrazões, pugnou pela manutenção da sentença (f. 131-133).

## VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se de reexame obrigatório e recurso de apelação interpostos pelo Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande - IMPCG - contra decisão de f. 103-114, proferida nos autos da ação ordinária de pensão por morte que lhe move Maria Cardoso dos Santos.

Analiso, primeiramente, a questão da ofensa ao princípio da identidade física do juiz sustentada pelo apelante.

Sem razão, o recorrente.

Com efeito, o magistrado que realizou a instrução processual, ao contrário do que alega o apelante, encontrava-se em regular substituição legal ao juiz titular que proferiu a sentença.

Pois bem. O art. 132 do CPC dispõe que: "*O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor*".

Sobre o tema, Nelson Nery Júnior leciona que:

> Afastamento do juiz. Mesmo que tenha concluído a audiência, o magistrado não terá o dever de julgar a lide se for afastado do órgão judicial, por motivo de convocação, licença, cessação de designação para funcionar na vara, remoção, transferência, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria. Incluem-se na exceção os afastamentos por férias, licenças-prêmio e para exercer cargo administrativo em órgão do Poder Judiciário.

Ora, como se vê, o dispositivo legal supratranscrito procurou, na verdade, dar ênfase aos princípios da economia e da celeridade processual e, dessa forma, afastar empecilhos inúteis no andamento e na dinâmica processuais.

Anote-se, até mesmo, que é o próprio parágrafo único do art. 132 do CPC que determina que, caso o juiz sentenciante não se sinta seguro para proferir a decisão, poderá mandar repetir as provas até então produzidas.

No caso dos autos, o juiz sentenciante não entendeu ser necessária a repetição das provas já produzidas e manteve-as, não havendo, portanto, nenhuma irregularidade a ser declarada.

Assim, não há falar em ofensa ao artigo 132 do CPC.

No mérito, depreende-se dos autos que a autora pretende ser beneficiada com pensão por morte de seu filho, falecido em 21.7.2005.

O juízo de origem, nos autos da presente ação ordinária, julgou procedente o pedido inicial.

A pensão que ora se pleiteia é de caráter alimentar e, sendo assim, visa assegurar os meios de subsistência daquele que vivia sob a dependência econômica do segurado que faleceu.

O artigo 24 da Constituição Federal atribui a competência para legislar sobre previdência social à União, aos Estados e ao Distrito Federal, concorrentemente, razão pela qual está o Estado-membro da federação autorizado a editar regras complementares às normas gerais editadas pela União.

Por sua vez, a legislação municipal em epígrafe dispôs o seguinte sobre sua previdência social:

> CAPÍTULO II
>
> DOS DEPENDENTES
>
> Art. 11 - Consideram-se dependentes dos segurados da PREVI-CAMP, para a obtenção dos benefícios descritos nesta Lei Complementar, pela ordem de preferência: I - o cônjuge, a companheira ou o companheiro, a pessoa do mesmo sexo que mantém sociedade de fato com o segurado e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 18 (dezoito) anos de idade ou inválido, que viva sob a dependência econômica do segurado;
>
> II - o pai e a mãe, maiores, respectivamente de 65 (sessenta e cinco) anos e de 60 (sessenta) anos de idade, ou inválidos, sem rendimentos próprios e sem amparo de outro órgão previdenciário, que vivam às expensas do segurado; [...]. (Grifei).

Destarte, para que a ora apelada tenha direito ao beneficio que pleiteia - pensão por morte do filho -, deve demonstrar indubitavelmente a sua dependência econômica do falecido. No caso, as provas produzidas nos autos são justamente nesse sentido (f. 22-27).

Resta claro, portanto, que a autora, ora apelada, dependia economicamente do segurado, seu falecido filho, sendo-lhe devido, assim, o beneficio pretendido, nos exatos termos da supramencionada legislação municipal. A simples presunção de que a apelada é ou pode vir a ser beneficiária de pensão da previdência geral (INSS) não lhe retira o direito ao beneficio pretendido, tampouco evidencia a não necessidade dele.

Ademais, anote-se que não há vedação à cumulação da pensão por morte vinculada ao regime geral de previdência com a pensão por morte do regime próprio de previdência municipal, já que provenientes de fontes de custeio distintas.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento adotado pelas seguintes jurisprudências:

> ADMINISTRATIVO – PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR – PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO – INOCORRÊNCIA – PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO – APLICAÇÃO DA SÚMULA SÚMULA 85/STJ – CUMULAÇÃO COM PENSÃO POR MORTE DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA – POSSIBILIDADE – VERBA HONORÁRIA – APRECIAÇÃO EQÜITATIVA – 1- Afastada a preliminar de prescrição do fundo do direito, uma vez

que a relação jurídica fundamental não foi atingida pelo decurso do tempo, tendo em vista o disposto no art. 219 da Lei n. 8.112/90, que rege o pensionamento em questão. 2- Comprovada a qualidade de cônjuge e de única beneficiária do servidor aposentado, faz jus a Autora, in casu, à pensão pleiteada. 3- Não há óbice à cumulação de pensão por morte vinculada ao Regime Geral da Previdência Social com pensão por morte na forma da Lei n. 8.112/90, eis que provenientes de fontes de custeio distintas. 4- Estão prescritas as parcelas não reclamadas no qüinqüênio que antecedeu a propositura da ação, conforme orientação do e. STJ, Súmula 85. 5- O artigo 20, § 4º, do CPC determina que a fixação de honorários deve ser pautada no critério de eqüitatividade, não estando sujeito aos limites previstos no artigo 20, § 3º, caput do CPC. 6- Remessa e Recurso parcialmente providos. (Grifei).

PENSÃO POR MORTE – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA.

Demonstrado nos autos que a autora, mãe do militar falecido, dele dependia financeiramente, possui o direito de receber pensão por morte, mesmo que já receba outra proveniente do RGPS. (Grifei).

Outrossim, não possui nenhuma pertinência a postulação do ora apelante para que seja produzida prova testemunhal, pois a oportunidade para a produção de provas de qualquer natureza encontra-se preclusa, sobretudo porque, instado a especificar as provas que pretendia produzir (f. 63), o instituto-apelante afirmou não haver necessidade delas.

Por fim, registre-se que os artigos prequestionados foram todos objeto de apreciação, ainda que analisados de forma implícita.

Diante do exposto, conheço do recurso, e nego-lhe provimento.

Em sede de reexame necessário, mantenho a sentença por seus próprios fundamentos.

## 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. Joenildo de Sousa Chaves.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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

Campo Grande, 31 de março de 2009.

***

# Agravo n. 2008.037277-8 - Chapadão do Sul
# Primeira Turma Cível
# Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – FIRMA INDIVIDUAL – INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE O PATRIMÔNIO DA PESSOA FÍSICA E O PATRIMÔNIO DA MICROEMPRESA – REDIRECIONAMENTO DO FEITO EXECUTIVO – CONSTRIÇÃO DE BENS PESSOAIS DO CONTRIBUINTE – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A responsabilidade de pessoa física titular da firma individual em execução fiscal é ilimitada, confundindo-se o patrimônio da pessoa física com o da pessoa jurídica, devendo aquele responder como codevedor.

Recurso conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul que, nos autos Carta Precatória movida em face de Neli Ana Bonotto Martins ME, indeferiu o pedido de redirecionamento da execução fiscal, recorre a este Tribunal com a finalidade de ver reformada a referida decisão.

O agravante, em síntese, alega que:

> [...] a executada não ofereceu bens à penhora, bem como o Sr. Oficial de Justiça, em diligências ao Detran e CRI, não encontrou bens em nome da mesma, em razão disso deixou-se de proceder a penhora. (f. 4)

> [...] diante desse fato, a Procuradoria do Estado de Mato Grosso do Sul, que, em decorrência do Termo de Cooperação Técnica entre as Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal, acompanha o feito, requereu que fosse efetuada a penhora on line. A realização da referida penhora não foi possível, vez que, o n.º do CNPJ informado pela Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul não existe. (f. 5)

> [...] a empresa não estava em atividade em seu endereço de cadastro e que o n. do CNPJ é inexistente, encerrando suas atividades sem quitar seus tributos, ou seja, ocorrendo à dissolução irregular da empresa e inexistindo patrimônio da pessoa jurídica para garantir a execução, fora pleiteado pelo Estado o redirecionamento da Execução Fiscal, para que a sócia Neli Ana Bonotto Martins fosse citada, passando a responder pelo débito com o seu patrimônio particular, ex vi artigos 134, VII, art. 135, III, art. 1080 do CC, entre outros. (f. 5)
>
> [...] a inexistência do n. do CNPJ implica consignar que a sociedade foi dissolvida irregularmente, posto que, sem seu cadastro junto a tal órgão é impossível que realize operações empresariais. Isto já seria suficiente para caracterizar a existência de uma relação jurídica entre as partes. (f. 8)
>
> [...] os sócios administradores, ao deixarem de promover o cumprimento das obrigações fiscais de natureza principal e acessória da empresa agravada, no prazo e na forma estabelecidas nas normas legais e regulamentares, infringiram a legislação tributária, gerando a responsabilização destes. Com a violação da legislação tributária, os sócios de sociedade limitada poderão ter seus bens alcançados pela presente execução. (f. 8)
>
> [...] a não regularização da sua situação fisco-financeira no Cadastro de Contribuintes Estadual (CCE) demonstra a má-fé do contribuinte que de fato teve sua inscrição cancelada, ou seja, encerrou suas atividades irregularmente, sem quitar os tributos devidos, deixando um débito relevante com o Estado e com sociedade, já que no fim, esta última acaba prejudicada. (f. 10)
>
> Ao final, requer "[...] *seja conhecido, recebido por instrumento, dando-lhe efeito ativo e ao final seja dado provimento ao presente agravo para fim de reformar a decisão recorrida, determinando o redirecionamento da execução para que Neli Ana Bonotto Martins passe a ser responsável pessoalmente pelo débito fiscal, devendo para tanto, ser citada por mandado, no endereço constante na Carta Precatória."(f. 12).*

A agravada, em contrarrazões, argui a preliminar de não conhecimento do recurso por cumprimento ao disposto no art. 526 do CPC.

No mérito, pugna pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul que indeferiu o pedido de redirecionamento da execução fiscal que o agravante move contra Neli Ana Bonotto Martins - ME, recorre a este Tribunal com a finalidade de ver reformada a referida decisão.

De início, rejeito a preliminar arguida pela agravada de não conhecimento do recurso, em razão de alegado descumprimento do disposto no art. 526 do CPC por não ter vindo acompanhada da indispensável comprovação.

Com efeito, para que o agravo deixe de ser conhecido pelo descumprimento do dispositivo legal supramencionado, mister seja feita a prova da falta ocorrida, mediante certidão expedida pelo cartório competente, não bastando, portanto, a mera alegação da parte.

Esse é o entendimento superlativo desta Primeira Turma Cível, conforme se depreende do seguinte julgado:

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL - DESCUMPRIMENTO AO ARTIGO 526 - NÃO DEMONSTRADO - DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO DE PLANO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO IMPROVIDO - DECISÃO MANTIDA.
>
> Para que o recurso não seja conhecido por descumprimento ao disposto no art. 526 do CPC, não basta a mera alegação, é necessário, também, que o agravado prove o desatendimento da providência por meio de certidão expedida pelo escrivão.
>
> Se o agravante pretende apenas a rediscussão da matéria apreciada no recurso, a decisão vergastada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. (AgRg em Ag n. 2008.028322-0/0001.00, Primeira Turma Cível Classe, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 11.11.08, Publicado em 20.11.08, DJ 1858) (grifei).

Ademais, não há nenhum indício de que a ausência de comunicação da interposição do agravo tenha causado prejuízo, por menor que seja, à agravada, pois a simples leitura de sua contraminuta demonstra que ela teve integral acesso ao recurso de agravo de instrumento.

Por tais razões, afasto a prefacial de não conhecimento.

No mérito, busca o recorrente a reforma da decisão hostilizada para determinar o redirecionamento da execução para que a representante legal da empresa-agravada, a Sra. Neli Ana Bonotto Martins, passe a ser responsável pessoalmente pelo débito fiscal.

Com razão o Estado-recorrente.

O agravo, portanto, merece provimento.

Verifica-se dos autos que a agravada é uma empresa individual denominada Neli Ana Bonotto Martins – ME. Assim, considerando que a firma individual não tem personalidade jurídica, e muito menos se pode falar em existência de sócio, pois obviamente não é sociedade, esta se confunde com a própria pessoa natural da qual é mera extensão.

Portanto, não se faz necessário sequer o pleiteado redirecionamento da execução contra a pessoa física no caso dos autos, na medida em que o registro da pessoa jurídica em questão trata-se de mera ficção jurídica, a qual visa, exclusivamente, a autorizar o seu representante a praticar atos de empresa.

Nesse diapasão, a empresa é desprovida de personalidade jurídica propriamente dita, porque indistinta da pessoa natural que a constitui, não sendo possível distinguir-se, igualmente, para efeitos de constrição em execução fiscal originalmente movida contra aquela, os patrimônios de ambas.

Assim, tratando-se de execução fiscal contra firma mercantil individual, não há discutir sobre irresponsabilidade de seu titular. A responsabilidade é ilimitada, respondendo o titular, pessoa física, pelas dívidas da pessoa jurídica.

Vejam-se, a propósito, os seguintes julgados em casos idênticos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL À PESSOA FÍSICA TITULAR DA FIRMA INDIVIDUAL EXECUTADA. - Cabível o redirecionamento da execução fiscal ao titular da firma individual, cuja responsabilidade é ilimitada. Confundem-se o patrimônio da pessoa física e da pessoa jurídica. Aquela, responde por dívidas desta. Dispensável a desconsideração da personalidade jurídica em procedimento prévio. - É procedimento correto o redirecionamento efetuado na fase da execução, com citação do titular da firma individual, para responder, pessoalmente, pelo débito. Desnecessário que

> o nome desse responsável conste na Certidão de Divida Ativa. Regra do artigo 4º, V, da Lei n. 6.830/80. - Recurso provido. (TJRS, Ag n. 70009341454, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relª. Desª. Leila Vani Pandolfo Machado, julgado em 3.9.04).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. MICRO EMPRESA INDIVIDUAL. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE O PATRIMÔNIO DA PESSOA FÍSICA E O PATRIMÔNIO DA PESSOA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE REDIRECIONAMENTO DO FEITO EXECUTIVO A FIM DE VIABILIZAR A CONSTRIÇÃO DE BENS PESSOAIS DO CONSTITUINTE. DECISÃO POR ATO DO RELATOR. §1º-A DO ART. 557 DO CPC. ] AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (TJRS, Ag n. 70025590910, Segunda Câmara Cível, Relª. Desª. Sandra Brisolara Medeiros, julgado em 1.8.08).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. PESSOA FÍSICA TITULAR DA FIRMA INDIVIDUAL. RESPONSABILIDADE ILIMITADA.
>
> A responsabilidade de pessoa física titular da firma individual em execução fiscal é ilimitada, confundindo-se o patrimônio da pessoa física com o da pessoa jurídica, devendo aquele responder como co-devedor, com aplicação da disregard of legal entity, independentemente de procedimento prévio. Agravo provido. (TJRS, Ag n. 70016070534, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. João Armando Bezerra Campos, julgado em 22.11.06) (grifei).

Também este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - EMPRESA INDIVIDUAL - DESCONTO - BENEFÍCIO - SÓCIO - POSSIBILIDADE. Tratando-se de firma individual há identificação entre empresa e pessoa física, posto não constituir pessoa jurídica, não existindo distinção para efeito de responsabilidade entre a empresa e seu único sócio. Pode ser descontado dos benefícios auferidos pelo sócio o valor das contribuições devidas pela empresa individual. Recurso provido. (STJ, REsp n. 227393/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 21.10.99, DJ 29.11.99, p. 138).

Por tais razões, dou provimento ao recurso de agravo, determinando o redirecionamento da execução fiscal para que Neli Ana Bonotto Martins passe a ser responsável pessoalmente pelo débito fiscal, devendo, para tanto, ser citada por mandado, no endereço constante na Carta Precatória.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

***

# Mandado de Segurança n. 2009.004152-2 - Capital
## Órgão Especial
## Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – EDUCAÇÃO – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA – REJEITADA – PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA – REJEITADA – ALEGADA SUBSTITUIÇÃO ILEGAL DE GRATIFICAÇÃO INCORPORADA POR PARCELA DE IRREDUTIBILIDADE SALARIAL – GRATIFICAÇÃO DE SECRETÁRIA DE ESCOLA – REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA REMUNERATÓRIO EFETUADA PELA LEI N. 3.519/08 – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – SEGURANÇA DENEGADA.

Afasta-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, quando o objetivo do *mandamus* não for cobrar verbas pretéritas, mas sim obter o reconhecimento do direito de continuar a receber valores incorporados.

Não há falar em decadência, se o ato impugnado configura-se como ato de trato sucessivo (Maioria, vencido o relator).

O sistema remuneratório dos servidores estaduais da categoria apoio à educação básica foi alterado pela Lei n. 3.519/08, que estabeleceu a remuneração exclusivamente por subsídios.

O referido subsídio absorveu os adicionais e gratificações anteriormente existentes, razão pela qual o artigo 3º da Lei n. 3.519/08 vedou expressamente o pagamento destas rubricas, dentre as quais, as vantagens incorporadas.

A reestruturação do sistema remuneratório dos servidores, desde que respeitada a irredutibilidade de vencimentos, não fere direito adquirido, pois o Supremo Tribunal Federal já fixou o entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico dos servidores.

## 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, rejeitar a preliminar de decadência e, por unanimidade, rejeitar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, por maioria e com o parecer, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Ausentes, nesta sessão, justificadamente, os vogais 2º e 6º.

Campo Grande, 22 de abril de 2009.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Maria Rosa Freitas dos Santos e outros impetram o presente mandado de segurança contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e outro.

Os impetrantes asseveram, em apertada síntese, que a **gratificação de secretária de escola**, que haviam incorporado nos termos do artigo 77 da Lei n. 1.102/90, foi suprimida ilegalmente pela Lei n. 3.519/08, sendo que referida verba foi substituída parcialmente pela verba denominada parcela de irredutibilidade salarial, que é menor do que os valores incorporados.

O pedido de justiça gratuita foi indeferido à f. 35.

Após o recolhimento das custas, a liminar foi indeferida (f. 43).

Em informações de f. 52-89, as autoridades impetradas e o Estado de Mato Grosso do Sul arguem preliminar de impossibilidade jurídica e prejudicial de decadência. No mérito, defendem a legalidade do ato tido como coator, pugnando, assim, pela denegação da segurança.

Em parecer de f. 187-226, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição da preliminar e da prejudicial de decadência e, no mérito, pela denegação da segurança.

## VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Maria Rosa Freitas dos Santos e outro impetram o presente mandado de segurança contra ato do Exmo. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e outro, afirmando que a Lei n. 3.519/08 suprimiu-lhes ilegalmente a gratificação de secretária de escola que haviam incorporado com base no artigo 77 da Lei n. 1.102/90.

Os impetrantes asseveram que a referida verba de gratificação foi substituída parcialmente por outra denominada "parcela de irredutibilidade salarial" que, entretanto, segundo alegam, é menor do que os valores que haviam incorporado.

Em informações de f. 52-89, as autoridades impetradas e o Estado de Mato Grosso do Sul suscitam preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e de decadência e, no mérito, defendem a legalidade do ato tido como coator, pugnando pela denegação da segurança.

Pois bem. Por primeiro, admito o Estado de Mato Grosso do Sul no feito, pois, em última análise, é sobre ele que poderão recair os efeitos de eventual concessão da ordem.

Passo à análise das prefaciais suscitadas.

Preliminar de impossibilidade jurídica

Afasto, de início, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, pois os impetrantes não ajuizaram o presente *mandamus* com o objetivo de cobrar gratificações não pagas, mas sim para que seja reconhecido o direito de *"continuarem recebendo os valores incorporados por exercício de função gratificada e cargo em comissão acrescidos aos seus subsídios."* (f. 24).

**Preliminar de decadência.**

Como cediço, o problema da decadência nos mandados de segurança versando sobre questões salariais impetrados por servidores públicos tem tido duas soluções, a saber:

> a. Quando o ato impugnado for prestação de trato sucessivo, o prazo decadencial se renova a cada mês; e,
>
> b. Quando o direito líquido e certo for pleiteado contra ato concreto de efeitos permanentes, o prazo de 120 dias deve ser contado a partir do próprio ato, não se renovando a cada reflexo patrimonial posterior.

São estes, sem dúvida, os tratamentos dados ao tema e já pacificados tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Ora, no caso concreto, entretanto, a dificuldade encontra-se justamente em definir se o ato apontado como coator é de trato sucessivo ou se ele é concreto de efeitos permanentes.

O estudo detido da jurisprudência e da doutrina sobre a matéria levou-me ao convencimento de que a melhor forma de analisar se o ato é ou não de trato sucessivo é verificando sua natureza jurídica, vale dizer, se ele é omissivo ou comissivo.

E isso porque a teoria do trato sucessivo somente pode ser aplicada aos atos omissivos, pois estes, sim, podem ser renovados a cada mês, consoante, aliás, bem demonstrou o Min. Paulo Gallotti no julgamento do REsp n. 792.645/PA:

> Observo, por fim, que a aplicação da teoria do trato sucessivo deve se restringir às hipóteses em que se repute como ilegal a omissão da autoridade coatora, devendo o ato comissivo ser atacado dentro do prazo de que cuida o artigo 18 da Lei n. 1.533/51, que deve ser interpretado em consonância com a natureza urgente e excepcional da ação mandamental.
>
> A propósito, confira-se julgado do Supremo Tribunal Federal:
>
> 'DECADÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - PRESTAÇÕES SUCESSIVAS - ATOS COMISSIVOS E OMISSIVOS - DISTINÇÃO.
>
> Incide a decadência quando a impetração, embora a envolver relação jurídica de débito continuado, está dirigida contra ato comissivo, e não simplesmente omissivo, da autoridade coatora.'(MS n. 23.136/PB, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU de 6.5.05).

Dessa forma, quando o servidor impetrar mandado de segurança contra suposta omissão da Administração em, por exemplo, implantar uma gratificação prevista em lei, não haverá decadência, pois esta omissão estará sendo renovada a cada pagamento feito em desacordo com o ordenamento jurídico.

De outro norte, sempre que houver um ato comissivo do Estado não haverá como desvencilhar a suposta lesão ao direito líquido e certo da ação praticada pelo ente estatal, razão pela qual deverá a impetração necessariamente ocorrer dentro do prazo de 120 dias, contados a partir do próprio ato, ainda que seus efeitos sejam irradiados permanentemente.

O melhor exemplo é a decisão administrativa que exonera servidor. Nesse caso a ação do Estado será única, mas irá produzir efeitos a cada mês que o servidor exonerado deixar de receber seus vencimentos.

Observo, no caso, que o ato comissivo praticado pela autoridade pode ser tanto um ato administrativo, como a referida exoneração ou a denegação administrativa a um direito pleiteado, quanto um ato normativo, tal como a edição de um decreto ou lei.

Assim, mister concluir-se que a impetração de mandado de segurança por servidor público, sob o fundamento de que teve uma gratificação ilegalmente extinta por lei, decreto ou ato administrativo deverá observar o prazo de 120 dias a contar da data da publicação do referido ato. Esse entendimento, convém ressaltar, aplica-se também aos casos em que o servidor argumenta ser ilegal um ato estatal que alterou sua remuneração em desrespeito ao direito adquirido e à irredutibilidade remuneratória.

Este Órgão Especial, aliás, firmou posicionamento quando do julgamento unânime do Mandado de Segurança n. 2006.016689-4, da relatoria do Des. Rêmolo Letteriello - e também dos Mandados de Segurança n. 2007.012857-4 e n. 2008.029906-5, cujo relator foi o Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins - *"no sentido da inexistência de trato sucessivo nos casos onde os impetrantes alegam direito líquido e certo decorrente de ato concreto de efeitos permanentes alusivo a perdas salariais."*

Outrossim, referido entendimento é superlativo na doutrina de Alfredo Buzaid, Lúcia Valle Figueiredo e Alexandre de Moraes, dentro outros, assim como na firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, reiteradamente, vem reconhecendo que a supressão de vantagem por lei ou por ato administrativo configura-se como ato único de efeitos permanentes e não como ato de trato sucessivo.

No caso em tela, tenho que a **preliminar de decadência deve ser acolhida**, pois o ato apontado como coator é a extinção da gratificação de secretária de escola pela Lei n. 3.519, que produziu efeitos a partir de 2 de maio de 2008, há mais de 120 dias, portanto, da impetração do presente *writ* que foi protocolado em 18.2.09.

Os próprios impetrantes, aliás, reconhecem que a extinção da gratificação, apontada neste remédio heróico como ato coator, decorre dos efeitos produzidos pela Lei n. 3.519/08. Veja-se:

> [...] extrai-se, no caso em tela, como adiante restará demonstrado, que o ato atacado resulta da extinção ilegal do valor da incorporação de gratificação do cargo de secretários de escola a que os impetrantes faziam jus [...]"(f. 3).

> Ocorre que com o advento da Lei n. 3.519/08 os impetrantes estão assistindo a extinção da referida vantagem incorporada. Precisamente desde o mês de agosto de 2008, conforme documentação em anexo. A informação extra-oficial dá conta que a referida norma, lei n. 3519/08, veda o pagamento da incorporação. (f. 4).

De fato, verifica-se que os impetrantes receberam a debatida gratificação incorporada até o mês de abril de 2008 (f. 152 e 210), sendo que a partir de então referida rubrica foi retirada de seus holerites (f. 152 e 211). É relevante, ainda, destacar que não houve decesso remuneratório, mas, ao contrário, efetivo aumento nos vencimentos totais percebidos pelos servidores-impetrantes.

O ato atacado, destarte, é a extinção da referida vantagem pela Lei n. 3.159/08, razão pela qual é imperioso reconhecer que o ato impugnado, no caso, não se configura como ato de trato sucessivo, mas sim como ato único de efeito concreto.

Ora, o ato combatido não é a omissão da autoridade coatora em implantar uma gratificação prevista em lei, ato este que, em tese, seria renovado a cada mês, mas sim a suposta extinção da gratificação através de um ato único, no caso, o advento da Lei n. 3.159/08.

Vale dizer, o ato apontado como coator é comissivo, não sendo a ele aplicável, portanto, a tese de prestação de trato sucessivo.

Sobre a ocorrência de decadência em mandado de segurança impetrado contra lei que extingue gratificação de servidor público, vejam-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MILITAR. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA PROVISÓRIA 2.131/00. SUPRESSÃO DE VANTAGEM. ATO DE EFEITO CONCRETO. DECADÊNCIA CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, tratando-se de ato de supressão de vantagem, não há falar em relação de trato sucessivo, de sorte que a impetração do writ após ultrapassados 120 (cento e vinte) dias contados da prática do referido ato importa decadência do direito de impetração do mandado de segurança.

2. Hipótese em que a vantagem denominada 'adicional de inatividade' foi suprimida por força da Medida Provisória n. 2.131, de 28.12.00, tendo o mandamus sido impetrado apenas em 25.2.02.

3. Recurso especial conhecido e provido.

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPRESSÃO DE GRATIFICAÇÃO. ATO CONCRETO ÚNICO DE EFEITOS PERMANENTES. DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO.

1. Impõe-se reconhecer a decadência quando o mandado de segurança é impetrado após esgotado o prazo de 120 dias previsto no art. 18 da Lei n. 1.533/51.

2. O ato administrativo que suprime vantagem é único e de efeitos permanentes, iniciando-se, com a sua ciência, o prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança.

2. 'Incide a decadência quando a impetração, embora a envolver relação jurídica de débito continuado, está dirigida contra ato comissivo, e não simplesmente omissivo, da autoridade coatora.' (MS n. 23.136/PB, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 6.5.05) 3. Recurso especial provido.

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPRESSÃO DE VANTAGEM. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. PRAZO DECADENCIAL QUE SE CONTA DA DATA DA EFETIVA SUPRESSÃO.

I- Não configura ato de trato sucessivo a supressão de vantagem pecuniária da remuneração do servidor.

II- Na espécie, a gratificação foi suprimida em dezembro de 1994 e o mandamus só foi impetrado em 2004. Decadência configurada.

Recurso ordinário desprovido.

Ademais, importante observar, por fim, que este Órgão Especial recentemente reconheceu que a Lei n. 3.519/08 possui efeitos concretos, conforme se depreende da seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – ALTERAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE REMUNERAÇÃO – LEI N. 3.519/08 – REMÉDIO CONSTITUCIONAL IMPETRADO APÓS O DECURSO DO PRAZO DE 120 DIAS DA PUBLICAÇÃO DA LEI – ATO ÚNICO COM EFEITOS CONCRETOS – DECADÊNCIA RECONHECIDA – PRELIMINAR ACOLHIDA.

> Ocorre a decadência se não impetrada a segurança no prazo de 120 dias, contados da ciência inequívoca do ato impugnado, especialmente se produz efeitos concretos e imediatos.
>
> Se a lei atacada foi publicada em 16.5.08 e o ajuizamento do mandamus somente se deu em 24.10.08, evidente o transcurso in albis do prazo decadencial previsto no art. 18 da Lei n. 1.533/51. (destaquei).

Ante o exposto, acolho a prejudicial de decadência e, por conseguinte, extingo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, IV, do CPC.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (1º Vogal)

Pelo relatório, verifico que esta gratificação de secretária de Escola não foi retirada e, sim, substituída por uma outra parcela denominada de irredutibilidade salarial, de valor menor.

Este ato de não depositar a parcela de maior valor, que seria aquela gratificação de Secretária de Escola, é ato omissivo e que mês a mês a administração deixa de pagar este valor maior.

Entendo que se trata de prestação de trato sucessivo. Razão pela qual eu rejeito esta preliminar.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (3º Vogal)

De acordo dom o relator.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (4º Vogal)

De acordo dom o relator.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (5º Vogal)

Acompanho o voto do Des. Rêmolo.

O Sr. Des. Joenildo de Souza Chaves (7 º Vogal)

Acompanho o voto do Des. Rêmolo.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (8º Vogal)

Acompanho o voto do Des. Rêmolo.

O Sr. Des. João Maria Lós (9º Vogal)

Acompanho o voto do Des. Rêmolo.

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (10º Vogal)

Acompanho o voto do Des. Rêmolo.

A Srª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges (11ª Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (12º Vogal)

Acompanho o voto do Des. Rêmolo.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

**Ultrapassada a prejudicial, tenho que a ordem requerida neste *writ* deve ser denegada.**

Com efeito, os impetrantes ajuizaram o presente *mandamus,* sob o fundamento de que a **gratificação de secretária de escola**, que havia incorporado nos termos do artigo 77 da Lei n. 1.102/90, foi suprimida ilegalmente pela Lei n. 3.519/08, sendo que referida verba foi substituída parcialmente pela verba denominada parcela de irredutibilidade salarial, que é menor do que os valores incorporados.

Pois bem. O sistema remuneratório dos impetrantes, servidores estaduais da categoria apoio à educação básica, foi, de fato, alterado pela Lei n. 3.519/08, conforme se verifica do seu artigo 2º:

> Art. 2º Fica instituído o sistema remuneratório, por meio de subsídio, para os servidores das categorias funcionais ou funções das carreiras integrantes do Plano de Cargos, Carreiras e Empregos, identificadas no Anexo IX desta Lei.
>
> Parágrafo único. O subsídio é a parcela única sobre a qual é vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, nos termos desta Lei.

Dessa forma, todos os servidores incluídos no anexo IX da Lei n. 3.519/08, dentre os quais, os do *Grupo Educação - Categoria Apoio à Educação Básica,* a qual pertence os impetrantes, passaram a ser remunerados exclusivamente por subsídios, sendo-lhes expressamente vedado o acréscimo de outras vantagens, com exceção da autorização do artigo 6º ao pagamento das verbas de natureza constitucional ou indenizatória.

O referido subsídio, convém ressaltar, absorveu os adicionais e gratificações anteriormente existentes, razão pela qual o artigo 3º da Lei n. 3.519/08 vedou expressamente o pagamento destas rubricas, dentre as quais, a vantagem incorporada ora pleiteada. Veja-se, aliás, o teor do dispositivo citado:

> Art. 3º Estão compreendidas no subsídio de que trata o art. 2º desta Lei e não são devidas as seguintes parcelas remuneratórias:
>
> [...]
>
> XV - vantagens incorporadas;
>
> [...]
>
> XIX - valores incorporados à remuneração decorrentes do exercício de função de direção chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial;
>
> XX - outras gratificações e adicionais, de qualquer origem e natureza, que não estejam explicitamente mencionados no art. 6º desta Lei.

O que de fato ocorreu, portanto, foi um remanejamento das verbas que integravam a remuneração dos servidores da categoria apoio à educação, dentre outras, que passaram a receber seus vencimentos através de parcela única, denominada subsídio.

Esse remanejamento, aliás, é salutar, pois a remuneração por parcela única atende diretamente os princípios constitucionais da moralidade, eficiência e, sobretudo, da publicidade, já que o objetivo do subsídio, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, *"é tornar mais visível e controlável a remuneração de certos cargos."*

Vale anotar, ainda, que esta reestruturação no sistema remuneratório, desde que respeitada a irredutibilidade de vencimentos, não fere direito adquirido dos impetrantes, pois o Supremo Tribunal Federal já fixou o entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico dos servidores, como se verifica do seguinte precedente: *"É firme a jurisprudência do STF no sentido de que a garantia do direito adquirido não impede a modificação para o futuro do regime de vencimentos do servidor público. Assim, e desde que não implique diminuição no quantum percebido pelo servidor, é perfeitamente possível a modificação no critério de cálculo de sua remuneração."*

Destarte, para assegurar a garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos, a Lei n. 3.519/08 garantiu aos servidores que tiveram redução de remuneração, em face da instituição do subsídio, o pagamento da rubrica "*parcela constitucional de irredutibilidade*", que nada mais é do que a antiga *"vantagem pessoal"* utilizada em reformas administrativas anteriores. Veja-se:

> Art. 5º Ao servidor detentor de cargo ou função relacionados no anexo IX que tiverem redução de remuneração em decorrência da aplicação do disposto nesta Lei, fica assegurado o pagamento da diferença entre o valor do subsídio e da remuneração percebida, nominalmente identificada como Parcela Constitucional de Irredutibilidade e não poderá ser utilizada, em qualquer situação, para compor outra vantagem pecuniária.
>
> [...]
>
> § 2º A Parcela Constitucional de Irredutibilidade referida no caput deste artigo estará sujeita exclusivamente à atualização decorrente de revisão geral da remuneração.

Note-se no dispositivo supratranscrito que foi assegurada a revisão geral desta parcela constitucional de irredutibilidade.

Assim, futuras revisões gerais da remuneração dos servidores estaduais incidirão sobre o subsídio da impetrante e também sobre a parcela constitucional de irredutibilidade. No entanto, se o Estado conceder um aumento específico à categoria a qual pertence os impetrantes, no caso de uma eventual revisão setorial, referido reajuste incidirá somente sobre o subsídio para que esta parcela de nítida natureza transitória seja absorvida até que subsista apenas o subsídio.

A legalidade da absorção das parcelas destinadas à manutenção do valor nominal da remuneração de servidores, em casos de reformas administrativas, não importando a denominação dada pela lei, ou seja, se é parcela de irredutibilidade ou vantagem pessoal, é reiteradamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS/DÉCIMOS. TRANSFORMAÇÃO EM VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA – VPNI. REAJUSTES. REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> 1. A Lei n. 9.527/97 transformou os valores incorporados a título de quintos/décimos em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI, sujeita exclusivamente à atualização decorrente de revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.

> 2. Transformados em VPNI os valores incorporados pelo exercício de função gratificada ou cargo em comissão, sobre essa parcela não devem repercutir eventuais reajustes supervenientes incidentes sobre a verba remuneratória que lhe deu origem, tampouco os decorrentes de novos critérios de cálculos oriundos de reorganização ou reestruturação da carreira. Inteligência do art. 15 da Lei n. 9.527/97.

3. Agravo regimental improvido.

Dessa forma, não há falar em violação a direito líquido e certo dos impetrantes, pois a alteração de seu sistema remuneratório pela Lei n. 3.519/08 não acarretou decesso em seus vencimentos nominais.

Ante o exposto e com o parecer, denego a segurança.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (1º Vogal)

Com a devida vênia ao relator, ouso divergir de seu entendimento.

A parcela denominada de irredutibilidade salarial foi instituída na mesma lei para manter o equilíbrio e não para preservar o princípio constitucional de irredutibilidade de vencimentos.

Sendo essa parcela de valor inferior àquela que ela pretendeu equilibrar, evidentemente que há violação ao princípio da irredutibilidade.

Por essa simples razão, concedo a segurança.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (3º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (4º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (5º Vogal)

Com a divergência. Concedo a segurança.

O Sr. Des. Joenildo de Souza Chaves (7 º Vogal)

Concedo a segurança.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (8º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Maria Lós (9º Vogal)

Com a divergência

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (10º Vogal)

De acordo com o relator.

A Srª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges (11ª Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (12º Vogal)

Concedo a segurança.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR DE DECADÊNCIA E, POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NO MÉRITO, POR MAIORIA E COM O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTES, NESTA SESSÃO, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS 2º E 6º.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Rêmolo Letteriello, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves, Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Ildeu de Souza Campos, Tânia Garcia de Freitas Borges e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 22 de abril de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2006.004344-8 - Dourados
## Quinta Turma Cível
## Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS – PRELIMINAR DE FALTA DE DIALETICIDADE – AFASTADA –RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL – ATENDIMENTO PRESTADO PELO MÉDICO DO PRONTO-SOCORRO – INADEQUADO – ÓBITO DO PACIENTE POUCAS HORAS APÓS SER ENCAMINHADO AO POSTO DE SAÚDE PELO MÉDICO PLANTONISTA DO PRONTO-SOCORRO – NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADA – NEXO CAUSAL – TEORIA DA PERDA DA CHANCE APLICADA – DANOS MATERIAIS AFASTADOS – DANOS MORAIS CABÍVEIS E MITIGADOS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Embora os termos do apelo em muito se assemelhem àqueles deduzidos no curso do processo, evidenciando mera reiteração, isso não resulta, por si só, ofensa ao princípio da dialeticidade. 2. Se o paciente procura a emergência do hospital para ser atendido pelo médico plantonista e este lhe presta socorro, não há que se cogitar se este era ou não assalariado, estando de alguma forma vinculado ao nosocômio, este responderá pelos danos que seu profissional causar. 3. Houve erro do médico plantonista, na modalidade culposa, em virtude de sua negligência por omissão de providências aptas em tese a impedir a produção do dano. 4. Ao encaminhar o paciente para tratamento ambulatorial em um posto de saúde, o médico plantonista ceifou a chance de um diagnóstico mais seguro e um tratamento emergencial mais contundente, residindo aí o nexo de causalidade, em aplicação da teoria da *perte d'une chance*. 5. Adotando-se a teoria da perda de uma chance, não cabe a indenização por danos materiais, uma vez que não se tem a certeza de que efetivamente o resultado esperado ocorreria. 6. Há de se ressaltar que a indenização fundada na aplicação da *la perte d'une chance* deverá situar-se no limite percentual de chances perdidas, o que se pondera caso a caso. Desta forma, a indenização pelo dano moral há que ser fixado em 200 (duzentos) salários-mínimos, os quais, tomando-se por base o valor vigente, equivalem a R$ 83.000,00, já ponderando a redução do *quantum* em 50% em virtude das chances de sobrevivência da vítima.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2009.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

João Alves de Carvalho e Dalva Silva de Paula apelam da sentença de improcedência proferida nos autos da ação de indenização que promovem em face do Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King, objetivando a reparação de danos morais e materiais em razão da morte de seu filho Cristiano Lima de Carvalho, cuja culpa atribuem ao médico plantonista do hospital por negligência no atendimento. Sustentam em suas razões de apelação que na sentença o juiz da causa concluiu que não haviam elementos nos autos suficientes para afirmar a conduta indevida do médico e a comprovar o nexo causal; que foram juntados aos autos documentos que comprovam as alegações; que restou provado que o médico plantonista do pronto-socorro, após atender o paciente, o encaminhou para um posto de saúde; que se o médico o tivesse internado talvez ele não teria morrido; que a vítima veio a óbito apenas 3 horas depois do atendimento no hospital; que quando a vítima saiu do hospital ainda estava muito mal e não deveria ter sido encaminhado a um posto de saúde, sobretudo por que o médico deveria saber que este só abre às seis horas da manhã, deveria interná-lo para prestar atendimento adequado, o que não ocorreu, tanto que veio a óbito. Ao final, pelo provimento do recurso de apelação para total reforma da sentença, como medida de justiça.

Associação Beneficente Douradense - Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King - apresentou contra-razões às f. 198-207, sustentando, preliminarmente, violação ao princípio da dialeticidade, por que o recurso não atacou concretamente os fundamentos da sentença. No mérito, defende a manutenção da sentença.

## VOTO (12.2.2009)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

O pedido indenizatório inicial teve como causa de pedir os danos materiais e morais sofridos pelos autores em virtude da morte do filho na fila de um posto de saúde, após ter sido encaminhado para aquele local pelo médico plantonista do pronto-socorro do hospital apelado.

A sentença de primeiro grau concluiu pela inexistência de prova do nexo causal entre a morte do paciente e a conduta do médico, afirmando que sequer haviam elementos que demonstrassem a negligência deste último.

Os requerentes recorrem buscando a reforma da sentença, sustentando que existem provas suficientes nos autos a corroborar suas alegações e a ensejar o direito à indenização.

Preliminarmente, sob o argumento de que os apelantes deixaram de atacar os fundamentos da sentença, ao reproduzir em suas razões de apelação os mesmos argumentos ventilados na inicial e memorias, com transcrição de trechos da sentença e de depoimento, sustenta o apelado violação ao princípio da dialeticidade, pugnando pelo não conhecimento do recurso.

Não lhe assiste razão, contudo.

Embora os termos do apelo em muito se assemelhem àqueles deduzidos no curso do processo, evidenciando mera reiteração, isso não resulta, por si só, ofensa ao aludido princípio. É que recurso dialético é aquele que admite a perfeita compreensão do inconformismo do recorrente, permitindo ao Juízo *ad quem* delimitar o âmbito de devolutividade com vistas à reforma do julgado. A simples repetição de alegações nas razões de apelação somente caracterizam irregularidade formal ao se afastarem do teor dos fundamentos da sentença, o que não se verifica nestes autos, como se verá adiante.

Por esse motivo é que afasto a preliminar e passo ao exame do mérito.

Para uma melhor análise da questão posta, faz-se necessária uma breve digressão fática dos acontecimentos.

Consta dos autos que Cristiano Lima de Carvalho, 21 anos, servente de pedreiro, filho dos apelantes, no dia 3.12.2003, às 2 horas da madrugada, procurou o pronto-socorro do hospital apelado em razão de fortes dores abdominais e febre, tendo sido atendido pelo médico plantonista, Dr. Luciano Matbeussi, que lhe ministrou, via intravenosa, soro e Buscopan, e, alegando melhora do quadro clínico, indicou que procurasse acompanhamento médico-ambulatorial em posto de saúde, o que fez o rapaz, tendo vindo à óbito durante uma crise convulsiva sofrida na fila do posto, à espera de atendimento, apenas cerca de três horas depois da consulta descrita. O fato foi amplamente divulgado pelos jornais, levando o Conselho Regional de Medicina a abrir sindicância para apuração de responsabilidades, que foi arquivado por não haver indícios de infração ao Código de Ética. O exame necroscópico foi realizado no mesmo dia do óbito, às 13 horas, tendo o médico legista concluído pela normalidade do órgãos internos e causa da morte falência de múltiplos órgãos, por septicemia (infecção generalizada), inserindo no histórico do laudo informações que teria recebido de terceiros: além do episódio no hospital, que a vítima teria três dias antes sofrido acidente de moto traumatizando o joelho e o ombro e seria usuária de drogas pesadas. O acidente recente, sem fraturas, foi confirmado na instrução do feito. O uso de drogas não restou comprovado.

Como bem observou o juiz de primeiro grau em sua sentença, a discussão se dá em torno do atendimento prestado pelo médico plantonista do requerido, e o recurso devolve sua análise a esta Corte.

Pois bem. Tratando-se de ação proposta somente contra o hospital, mister delimitar o alcance de sua responsabilidade, se subjetiva ou objetiva, sem olvidar que sua legitimidade já foi declarada por decisão irrecorrida no curso da demanda.

Nesse ponto, há discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicação do art. 932, III, do Código Civil, e do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, quando se pleiteia indenização em face do hospital em razão de erro médico, entendendo alguns que somente quando este profissional for contratado o hospital responderá de forma objetiva. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar caso semelhante a este, definiu a questão, adotando a corrente, a qual me filio, de que se o paciente procura a emergência do hospital para ser atendido pelo médico plantonista e este lhe presta socorro, não há que se cogitar se este era ou não assalariado, pois de alguma forma está vinculado ao nosocômio, dai por que o hospital responderá pelos danos que seu profissional causar:

> Responsabilidade civil. Atendimento hospitalar. 1. Quando o paciente procura o hospital para tratamento, principalmente naqueles casos de emergência, e recebe atendimento do médico que se encontra em serviço no local, a responsabilidade em razão das conseqüências danosas da terapia pertence ao hospital. Em tal situação, pouco releva a circunstância de ser o médico empregado do hospital, porquanto ele se encontrava vinculado ao serviço de emergência oferecido. Se o profissional estava de serviço no plantão, tanto que cuidou do paciente, o mínimo que se pode admitir é que estava credenciado para assim proceder. O fato de não ser assalariado nesse cenário não repercute na identificação da responsabilidade do hospital. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 400843/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Julgado em 17.2.05) (destaquei).

Desse modo, se constatado que o médico errou na avaliação do tratamento a ser ministrado ao filho dos apelantes, com culpa, ou seja, com negligência, imprudência ou imperícia, o hospital apelado, onde foi prestado o atendimento de emergência, responderá pelos danos causados, independentemente da aferição de sua própria culpa.

Dito isso, resta apenas verificar se houve erro do médico plantonista e se este erro se deu em razão culpa, negligência, imprudência ou imperícia.

Importante fixar com exatidão a função do médico plantonista, pois é sabido que sua obrigação não é de resultado, mas de meio. Por óbvio, por ser um atendimento de urgência, a atividade desenvolvida pelo profissional de medicina em um pronto-socorro tem como principal finalidade estabilizar o paciente, fazer o diagnóstico possível e encaminhá-lo para o tratamento adequado ao caso. É certo que o atendimento deve ser rápido e objetivo, mas nem por isso prescinde de atenção e eficiência.

Extrai-se dos autos que o ato do médico em questão se limitou à consulta e prescrição de soro com Buscopan a Cristiano Lima de Carvalho. A meu ver, desnecessária a opinião de um perito para concluir que o erro de diagnóstico do plantonista é evidente, uma vez que ministrou medicação meramente paleativa, apenas amenizando a dor do paciente, para uma enfermidade que de tão grave lhe causou a morte em cerca de três horas. Ademais, há de se questionar o motivo do médico não ter constatado (f. 119) e combatido a febre que acometia o doente, que pode ter sido a causa da convulsão que sofreu tão logo (f. 67 v.).

Embora o apelado sustente em sua defesa que não há comprovação de erro no atendimento ofertado ao paciente que possa caracterizar defeito na prestação do serviço, tenho que o simples fato de Cristiano ter falecido três horas depois em uma fila de posto de saúde já é o suficiente para a conclusão de que houve sim erro do médico. Se tivesse acertado, o teria medicado severamente e internado, evitando sua morte ou possibilitando sua sobrevida, através de um diagnóstico mais apurado e um tratamento mais adequado.

Por outro lado, o laudo necroscópico concluiu que Cristiano veio a óbito em decorrência de falência múltipla de órgãos por infecção generalizada. Desnecessário também um perito para afirmar o que é de conhecimento comum, que Buscopan e soro não são medicamentos indicados para combater infecção. Daí fácil a constatação de que houve erro grosseiro de diagnóstico, já que o médico sequer percebeu quão grave era o estado de saúde de Cristiano, assim como houve erro de tratamento e encaminhamento, já que o plantonista não receitou nada para conter a febre e a infecção e, ao invés de proceder ao pedido de internação, ou ainda, pedir simples exame de sangue, suficiente para detectar eventual processo infeccioso, que com certeza existia, vez que 03 horas depois pereceu sob a alegação de falência múltipla de órgãos, devido quadro infeccioso generalizado, o encaminhou na madrugada para a fila de um posto de saúde para morrer ao relento.

Então, agora cabe verificar se esse erro ocorreu por negligência, imprudência ou imperícia do médico, para concluir pela sua culpa ou não.

Das alegações das partes e documentos trazidos aos autos é possível constatar que não houve omissão, pois o médico bem ou mal atendeu ao paciente. Esta então é a questão, se atendeu bem ou mal, dentro dos parâmetros de normalidade que se espera um caso semelhante ou se agiu com descaso, subestimando a enfermidade do paciente, negligenciando de sua técnica, descuidando de sua perícia e habilidade médicas, sendo imprudente ou precipitado em seu diagnóstico.

Não ignoro o fato de que na sindicância realizada pelo Conselho Regional de Medicina se concluiu pelo arquivamento ante a ausência de violação ao Código de Ética, houve voto vencido. No entanto, tal decisão administrativa é totalmente independente e desvinculada deste processo judicial, que tem, ainda, outros elementos e provas a considerar. Nessa seara, muito importante observar que não veio aos autos a cópia do prontuário de atendimento de Cristiano pelo médico plantonista do pronto-socorro do hospital apelado, o que por si só consiste em forte indício de que o atendimento não foi adequado, seja pela inexistência de prontuário, seja pela estratégia de não juntá-lo, porque seu conteúdo por certo seria desfavorável.

Sobre a culpa médica, por oportuno, cito a lição de Miguel Kfouri Neto:

> 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.

Assim, para estabelecer a culpa, é preciso questionar se o médico plantonista agiu com Cristiano de forma compatível com as circunstâncias.

No caso dos autos, é questão tormentosa determinar qual seria o atendimento, tratamento e encaminhamento adequado para Cristiano, pois em momento algum foi declarado de que mal ele sofria, nem qual a origem da infecção, que se tornou generalizada e implicou em falência de múltiplos órgãos, causando sua morte, consoante se vê dos esclarecimentos prestados pelo médico (f. 118-120), do laudo necroscópico (f. 63-65) e depoimento do legista (f. 154-157).

Neste ponto, convém ressaltar que a prova dos autos me parece propositadamente frágil. Não foi juntado aos autos cópia do prontuário de atendimento de Cristiano no hospital apelado e a redação do laudo necroscópico me parece tendenciosa a denegrir a imagem do falecido, com destaque para aspectos sociais, como tatuagens e informações de muitos terceiros sobre o uso de drogas, que não se confirmou, e insuficiente no aspecto técnico, como exames laboratoriais. Anoto que não é crível que o médico legista tenha entrevistado tantas pessoas para obter informações sobre a vida da vítima, ou seja, médicos, vizinhos, funcionários de estabelecimentos comerciais, entre outras.

Contudo, é certo que Cristiano padecia de um quadro infeccioso grave, que não foi percebido pelo médico plantonista do pronto-socorro, profissional este, que pela formação acadêmica, o cargo que ocupava e a experiência exigida, tinha por dever identificar, senão ao menos desconfiar, determinando a administração de medicamentos mais severos, internação e realização de exames mais específicos, especialmente de sangue (tão simples, mas suficiente para diagnosticar existência de infecção).

Note-se que Cristiano procurou o pronto-socorro do hospital às 2:00 horas da madrugada, o que por si só nos indica a gravidade e a urgência de seu estado de saúde. A meu juízo, se o paciente estivesse sentindo uma simples dor de estômago teria resolvido seu problema em casa ou teria aguardado para consultar no posto de saúde, uma vez que residia cerca de 50 metros daquele local (consoante depoimento de f. 151). Porém, se procurou a emergência, presume-se que realmente estava muito mal, o que foi desconsiderado pelo médico, em evidente negligência. É sabido, como dito, que seu dever era de meio e não de resultado, mas nem ao menos "meio" foi prestado de forma satisfatória.

Ademais, não vislumbro *in casu* qualquer atitude empregada pelo profissional que indique um maior esmero no atendimento a Cristiano, por que este nem ao menos foi mantido sob observação após a medicação ministrada, tampouco houve o cuidado de apresentação ou anotação de seu prontuário, documento hábil a apontar a compatibilidade entre os remédios e os sintomas percebidos. Não se pode perder de vista que não há nos autos nenhuma ficha indagando dos antecedentes do paciente, do seu histórico familiar ou das intervenções a que já tinha se submetido e, por isso, é de se acreditar que não foi feita nenhuma estimativa de probabilidade da ocorrência de alguma doença crônica ou mal súbito, ainda que através de simples quadro clínico informativo.

Deste modo, concluo que houve erro do médico plantonista, na modalidade culposa, em virtude de sua negligência por omissão de providências aptas em tese a impedir a produção do dano. Para sustentação deste entendimento, cabe transcrever trecho da obra monográfica 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. (destaquei)

Em caso semelhante, assim decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> 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. Desig. Des. Darcio Lopardi Mendes, Julgado em 31.5.06, DJ 11.7.06) (destaquei)

Estabelecida a culpa, cumpre verificar o nexo causal, o liame entre a conduta lesiva e o dano efetivo. Ao contrário do que concluiu o juiz de primeiro grau, verifico que o nexo de causalidade se apresenta cristalino.

**Realmente, se Cristiano tivesse sido internado e se recebesse o tratamento adequado não lhe garantiria que iria sobreviver, mas concederia uma chance, razão pela qual deve ser aplicada ao caso a Teoria da Perda da Chance**.

Antes de discorrer propriamente sobre a teoria que ora adoto, vale lembrar que em nenhum momento foi dito o nome da doença ou a causa da infecção que vitimou Cristiano, pois nem depois de morto foi submetido a um exame laboratorial. No entanto, se tivesse sido internado quando procurou o hospital às 2:00 horas da madrugada, a febre que teve, assim como a convulsão que o acometeu às 6:30 horas da manhã, com certeza teriam sido notadas pelos enfermeiros e médicos, talvez até contidas, sendo-lhe oportunizada a coleta de sangue para verificação da presença de algum vírus ou bactéria, cuja evolução também talvez pudesse ser administrada, evitando o óbito iminente.

Todavia, ao encaminhar Cristiano para tratamento ambulatorial em um posto de saúde, o médico plantonista ceifou a chance de um diagnóstico mais seguro e um tratamento emergencial mais contundente.

Em primoroso estudo sobre o tema da culpa médica, a prova e o nexo de causalidade, o civilista e magistrado Miguel Kfouri Neto nos traz a noção de "perda de uma chance", *perte d'une chance de survie ou guérison,* a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, seja em se tratando de erro de diagnóstico, tratamento ou cuidados médicos. Ante a pertinência da teoria adotada e clareza do texto do mencionado autor, ouso transcrever alguns trechos que entendo relevantes:

> As causas reais de fracasso do tratamento médico são difíceis de provar – e freqüentes vezes permanecem envoltas no véu da incerteza. Essas dúvidas, em muitos casos, não são esclarecidas pelos laudos periciais, bastante reticentes, vez por outra eivados de espírito de corpo e, muito freqüentemente,

> traduzindo a experiência pessoal do perito. Portanto, ou o liame causal existe realmente, unindo a culpa ao dano, ou a incerteza quanto à causalidade resulta na reparação parcial do prejuízo sofrido, mediante reconhecimento da perda de uma chance.
>
> [...]
>
> Tenha-se presente a afirmação de que o erro de diagnóstico, em princípio, não caracteriza culpa médica. Todavia, a jurisprudência tem decidido que o erro de diagnóstico, do qual advém tratamento inadequado, constitui perda de uma chance de cura ou sobrevivência – e abre ao paciente e familiares a possibilidade de reparação, nos limites da perda da chance considerada. [...] Como visto, a perda de uma chance, no domínio médico, atinge a causalidade, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao prejuízo. [...] A pura e simples negação da teoria atribuiria aos médicos o privilégio injustificado de poder utilizar, sempre, a dúvida científica para escapar à sua responsabilidade.

Dessa forma, ainda que não se tenha certeza de qual seria a origem da infecção que levou a óbito Cristiano, o tratamento e encaminhamento inadequados realizados pelo médico plantonista do hospital apelado foram determinantes para extirpar qualquer chance de cura ou sobrevivência. Não se pode olvidar, como o apelado e o médico fazem questão de afirmar, que Cristiano chegou e saiu do hospital andando com suas próprias pernas, então naquela hora ainda existia esperança. Numerosos são os julgados que condenam o médico, o hospital, ou ambos, pelo comprometimento de uma chance de o paciente restabelecer-se totalmente ou de permanecer vivo. Confira alguns julgados de casos, inclusive, muito semelhantes ao presente:

> RECONHECIMENTO DE ERRO MÉDICO NO ACOMPANHAMENTO PÓS-OPERATÓRIO. Não é tolerável a condução do tratamento desidioso no pós-operatório, quando o médico deixou de identificar quadro clínico sugestivo de complicação pós-cirurgica, aí sim, ocorrente a responsabilidade do facultativo que agiu com negligência e imperícia. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. A perda de uma chance, teoria desenvolvida na França, configura um tipo especial de dano. Surge quando pela intervenção médica (ou não intervenção) o paciente perde a possibilidade de se curar ou de se ver livre de determinada enfermidade. Admite-se, portanto, a culpa do médico sempre que sua ação ou omissão compromete as chances de vida ou de integridade do paciente. Posto isto, configurada a responsabilidade do demandado pelo agravamento do quadro clínico da autora, que o conduziu a risco de vida devido ao quadro de infecção generalizada, com conseqüências múltiplas, ainda que não se possa afirmar que o agir determinasse resultado diverso do efetivamente ocorrido, a conduta do demandado subtraiu da autora a chance de evitar ou minimizar o padecimento experimentado, e, por isto, incorre no dever de indenizar. [...] À unanimidade, negaram provimento ao apelo, nos autos da ação cautelar, e, por maioria, deram parcial provimento ao apelo, nos autos da ação principal, vencido o relator que negava provimento. (TJRS, AC n. 70015046824, Nona Câmara Cível, Rel. Odone Sanguiné, julgado em 12.7.06) (grifei).
>
> E M E N T A – APELAÇÕES CÍVEIS – REPARAÇÃO DE DANOS – INSUFICIÊNCIA DE PREPARO – POSSIBILIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO – AUSÊNCIA DE DESERÇÃO – HOSPITAL – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO EM SUAS DEPENDÊNCIAS, POR MEMBRO DE SEU CORPO CLÍNICO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – ENDOSCOPIA – DEMORA NO ATENDIMENTO E AUSÊNCIA DE CUIDADOS DURANTE E DEPOIS DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – PIORA DO ESTADO DE SAÚDE DA VÍTIMA E NECESSIDADE DE NOVAS CIRURGIAS – CULPA MÉDICO-HOSPITALAR CARACTERIZADA – RECURSOS NÃO PROVIDOS. [...] Configura-se a negligência na demora de atendimento médico, em caso de emergência, na falta de exames complementares e de acompanhamento pós-operatório, bem como na recusa do médico em examinar o paciente quando este o procura no mesmo dia em que recebeu alta hospitalar. Segundo a teoria da perda de uma chance, o médico e o hospital que comprometem as chances de cura ou restabelecimento mais célere e menos sofrido do paciente respondem solidariamente pelos danos decorrentes da demora e deficiência de atendimento. (AC n. 2003.005802-8, Segunda Turma Cível, Relª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 21.11.06).

Inafastável, então, a responsabilidade civil do hospital, ante a culpa do médico plantonista, cujo nexo de causalidade com o dano, a meu juízo, encontra-se demonstrado, de onde se extrai o dever de indenizar, impondo-se, em consequência, a reforma da sentença recorrida.

Há de se ressaltar, contudo, que a indenização fundada na aplicação da *la perte d'une chance* deverá situar-se no limite percentual de chances perdidas, o que se pondera caso a caso. É que onde não se tem a certeza de que a atuação nos padrões admitidos pela *lex artis* conduziria ao resultado diverso, o dano deve ser mitigado, conforme menciona Jurandir Sebastião:

> Em quaisquer das inúmeras hipóteses de perda de uma chance, o montante indenizatório, de natureza extrapatrimonial (moral) há de ser arbitrado de forma mitigada porque, a rigor não há erro médico, na acepção plena desse termo. A perda de uma chance é uma situação intermediária entre o bom exercício da medicina e o erro médico, a característica principal é a insatisfatoriedade do empenho, quer pela ausência injustificável de precisão técnica profissional no diagnóstico e terapia, quer pela negligência na dedicação mínima necessária à boa execução da terapia, devidamente adequada ao prognóstico correspondente.

Firmada esta premissa, passo à análise dos pedidos indenizatórios, que consistem em:

A) Danos materiais – despesas com funeral – R$ 1.100,00;

B) Lucros cessantes - alimentos - R$ 300,00 mensais, inclusive 13º, até a data em que a vítima completaria 65 anos;

C) Dano moral – equivalente a 1.500 salários mínimos.

Primeiramente, constato que as despesas com funeral não foram comprovadas e quanto a estas não se admite presunção, devendo, portanto, o pedido de indenização nesse sentido ser julgado improcedente.

Os lucros cessantes correspondem à indenização pela perda da força de trabalho da vítima e seu proveito econômico à família. Neste aspecto, exatamente pelo fato de não se ter certeza de que o paciente sobreviveria, afasta-se a condenação, até por que a obrigação do médico neste caso não seria de resultado, mas de meio. Sua culpa se deu, não por não ter evitado a morte, mas por não ter prestado a assistência esperada, o que, talvez, por hipótese, poderia salvar a vítima.

A corroborar esse entendimento:

> [...] 5. DANOS MATERIAIS AFASTADOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Adotando-se a teoria da perda de uma chance, não cabe a indenização por danos materiais, uma vez não se tem a certeza de que efetivamente o resultado esperado ocorreria, razão por que se exclui o pedido quanto aos danos materiais de qualquer natureza, bem assim, incabível a indenização ao autor varão, embora não se desconheça toda a sorte de padecimento no acompanhamento do cônjuge. Embora a configuração de dano moral não é de fácil identificação, no caso concreto, não há como se afastar do reconhecimento de sua existência, tendo em vista o padecimento sofrido pela autora. [...] (TJRS, AC n. 70015046824, Nona Câmara Cível, Rel. Odone Sanguiné, julgado em 12.7.06).

Resolvida esta questão, passo ao exame do pedido de indenização por danos morais.

Embora a morte de um filho cause um sentimento de pesar íntimo, para o qual não se encontra estimação perfeitamente adequada, tal circunstância não é suficiente a recusar-lhe uma compensação. Aliás, com a última reforma do Código Civil/2002, o legislador deixou bem clara a necessidade de se indenizar também os danos morais. Confira:

> Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (destaquei)

A doutrina de Caio Mário da Silva Pereira a respeito do tema em comento diz o seguinte:

> O fundamento da reparabilidade pelo dano moral, está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como `qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária´, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc. (Traité de la Responsabilité Civile, vol. II, n. 525)

No caso contido nestes autos, certamente que se está diante de um dano moral puro, plenamente indenizável, porque indenizável é a dor sofrida pelos apelantes, que em razão da negligência do médico preposto do apelado, teve ceifada a vida de um ente querido. Não se pode negar que a indenização em dinheiro, desvinculada do dano patrimonial, não trará novamente a alegria do convívio familiar, mas certamente aliviará os seus tormentos e sofrimentos.

A jurisprudência tem entendido a respeito da indenização por dano moral que: *"A reparação do dano moral através de uma indenização que não é reparação do pretium doloris. Ela é uma reparação satisfatória. Menos que um benefício para o ofendido do que um castigo para quem o ofendeu levianamente. A função satisfatória da indenização deve ser estimada em dinheiro".*

Dano moral é, pois, o sofrimento que se impõe a alguém, no corpo ou no espírito, ocasionado por outrem, direta ou indiretamente e derivado de ato ilícito. A vítima que reclama a reparação pecuniária em virtude de dano moral, não pede um preço para sua dor, mas, apenas, que se lhe proporcione um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica. A dor moral, em conseqüência, é ressarcível, e sua reparação objetiva coibir os abusos e os desrespeitos praticados contra a pessoa humana.

Com relação ao valor da indenização, a doutrina e jurisprudência são acordes em que a reparação do dano moral faz-se à parte dos danos patrimoniais e deve compensar a dor ou o sofrimento causado, procedendo-se ao pagamento de uma determinada soma às vítimas, quantificada mediante *arbitruim boni viri* do juiz, tendo-se em vista as posses do ofensor e a situação do ofendido.

Confira-se o entendimento esposado pelo Des. Walter Moraes, na AC n. 113.190, Segunda Câmara, RT 650/66:

> 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.

Deveras, em geral, as indenizações estão sujeitas aos pressupostos da capacidade econômica do devedor, a condição pessoal da vítima e a extensão dos danos. É curial que a fixação do valor da indenização deve ser feita do modo mais amplo possível, sem, no entanto, servir de fonte para enriquecimento sem causa.

Na quantificação da reparação do dano moral, se há, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, de observar a atividade, a condição social e econômica do ofendido, além da capacidade do ofensor em suportar o encargo. Assim como se há de considerar seu poder de inibição, ou seja, seu caráter preventivo e punitivo, a desencorajar reincidências do ofensor no violar bem e direito de outrem.

Ainda, segundo lição de Caio Mário da Silva Pereira:

> A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.(destaquei)

Pois bem, em relação à capacidade econômica das partes, tem-se que o primeiro apelante é pedreiro e a segunda apelante é copeira, enquanto o apelado é um conceituado hospital. Dadas as circunstâncias, em sendo certo que o valor a ser arbitrado não pode ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento dos apelantes e redução à miserabilidade do apelado, nem tão pequeno que se torne inexpressivo, uma vez que não há base em qualquer diploma legal que venha a estabelecer os limites e quantitativos para a indenização por dano moral, o *quantum* a ser fixado deve ser capaz de amenizar a dor e compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido.

Desta forma, tenho que a indenização pelo dano moral há que ser fixado em 200 (duzentos) salários-mínimos, os quais, tomando-se por base o valor vigente, equivalem a R$ 83.000,00, já ponderando a redução do *quantum* em 50% em virtude das chances de sobrevivência da vítima.

Posto isso, amparado nos fundamentos expostos, rejeito a preliminar de ausência de dialeticidade, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para reformar a sentença recorrida, julgando parcialmente procedentes os pedidos feitos na inicial da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, condenando o apelado ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais), acrescidos de correção monetária pelo IGPM desde esta data e juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso.

Finalmente, levando-se em conta a sucumbência recíproca, ante a improcedência do pedido de reparação de danos materiais, condeno as partes, na proporção de 50% para cada parte, no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixando-se estes últimos em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, observando, porém, quanto aos apelantes o disposto na Lei n. 1.060/50.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Revisor)

De acordo com o relator.

CONCLUSÃO DO JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO VOGAL, DES. LUIZ TADEU BARBOSA SILVA, APÓS O RELATOR E O REVISOR DAREM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. A PRELIMINAR FOI REJEITADA POR UNANIMIDADE.

## VOTO (19.2.2009)

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

Após ouvir atentamente o voto proferido pelo e. Relator, Desembargador Sideni Soncini Pimental, pedi vista do presente feito na sessão passada para melhor apreciar a questão posta em julgamento.

Com efeito, trata-se de ação de indenização ajuizada pelos pais de Cristiano Lima de Carvalho em face da Associação Beneficente Douradense - Hospital Evangélico, com vistas ao ressarcimento pelos danos materiais e morais experimentados em razão da morte de seu filho, ocasionada por suposto defeito da prestação do serviço ou negligência do profissional médico que o atendeu nas dependências do requerido.

Ao julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial, asseverou o magistrado singular que não havia nos autos elementos suficientes para afirmar que a conduta médica em questão tenha sido negligente. Logo, acrescentou que não havia provas da existência de culpa, tampouco de nexo de causalidade, pressupostos fundamentais da responsabilidade civil subjetiva (f. 176-183).

Valendo-se da teoria denominada de "perda de uma chance", houve por bem o Relator dar parcial provimento ao apelo, no que foi acompanhado pelo seu Revisor, fixando em 200 (duzentos) salários-mínimos a indenização pleiteada, o que equivale a R$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais), já ponderando, para tanto, a redução do *quantum* em 50% em virtude das chances de sobrevivência da vítima.

Após detida análise das razões recursais e do que mais consta dos autos, rogo vênia para divergir dos ilustres pares, porquanto, a meu juízo, não há qualquer reparo a ser feito na decisão vergastada.

A rigor, tenho que a invocada teoria da perda de uma chance não encontra aplicabilidade no caso em comento, posto que, como bem salientado pelo douto sentenciante, não há prova cabal de que o motivo determinante para o evento morte tenha sido falha ou omissão no procedimento prestado pelo médico plantonista, de maneira que permita concluir que conduta diversa ensejaria ao então enfermo condições efetivas de se recuperar.

Em verdade, a indenização pela perda de uma chance, caracterizada por uma ampliação na proteção das vítimas, não prescinde que seja evidenciada a ilicitude da conduta do médico que comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente, assim como a grande probabilidade de se obter a vantagem ou de se evitar o prejuízo, sendo esta, como dito, a razão por que não se adapta à situações como a que ora se apresenta.

Em outras palavras, embora por óbvio não se olvide da dor experimentada pelos pais em virtude do falecimento prematuro de seu filho, descabe a meu sentir imputar a culpa do evento à instituição hospitalar requerida e, assim, consequentemente, o dever de indenizar, pois nada há na instrução dos autos que ateste a existência de defeitos no atendimento ou imprecisões no diagnóstico primário de Cristiano, ou mesmo que induza à expectativa séria e real da obtenção de um resultado útil.

Aliás, à míngua de provas técnicas mais robustas que corroborem com a presunção em sentido contrário, valho-me, dentre outros elementos, da afirmação colhida por ocasião do depoimento do médico a quem coube atestar o óbito da vítima, Dr. Karlson Loyola, no sentido de que *"pelo exame necroscópico, acredito ser improvável que a internação do paciente pudesse salvar a vida dele"*. (f. 154-157).

Neste ponto, vale ressaltar a doutrina de José Carlos Maldonado de Carvalho, por esclarecer com precisão e objetividade que meras possibilidades não são passíveis de indenização:

> A culpa, decorre, precisamente, de não terem sido dadas todas as oportunidades ao paciente. Presume-se, desta forma a culpa pela perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. Entretanto, é necessário que a 'chance perdue' seja real e séria, tendo-se em conta, também, na avaliação dos danos, a álea susceptível de comprometer tal chance. Deve-se ter em conta, assim, não apenas a existência do fator álea, mas também o grau dessa álea, ou seja, leva-se em consideração, quanto à prova, o caráter atual ou iminente da chance de que o consumidor alega ter sido privado.

Demais disso, diante das circunstâncias do caso, ou seja, não apresentando o paciente qualquer sinal ou sintoma que recomendasse maior cautela - tanto que após a medicação, segundo depôs o auxiliar de enfermagem que o atendeu, apresentou melhoria no quadro (f. 158-159) – não seria razoável exigir do médico que o encaminhasse imediatamente para a internação ou procedesse de qualquer outra forma que não a sua liberação para um período de observação. Não há, em verdade, qualquer equívoco ou omissão que evidencie negligência no emprego dos meios de investigação e terapêutica que naquele momento se afiguravam bastantes para o quadro clínico que se desenhava.

Assim, não tendo sido precisada a origem exata do quadro infeccioso que motivou o lamentável infortúnio, e inexistindo provas claras e convincentes capazes de demonstrar a suposta falha da conduta médica eleita, como também a efetiva da seriedade das chances perdidas, não se há falar em indenização pela adoção da teoria da perda de uma chance, uma vez que tal tese, em regra, não dispensa a demonstração dos requisitos basilares da obrigação de indenizar.

Nessa ordem de idéias, rogo vênia para divergir do entendimento externado pelo relator, e voto no sentido de negar provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2008.010590-2 - Campo Grande
## Quinta Turma Cível
## Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRISÃO INDEVIDA – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – DANO MORAL CONFIGURADO – CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DO ARBITRAMENTO – JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – RECURSO PROVIDO.

Comprovada a prisão indevida, em virtude da responsabilidade objetiva, é dever do Estado reparar o erro, sobretudo se houve falha do sistema por ele administrado, indenizando o lesado por danos morais que, no caso, se presumem. O valor da indenização por danos morais deve ser corrigido pelo IGPM desde a data do arbitramento, consoante dispõe a Súmula 362 do STJ. Enquanto os juros devem ser aplicados à taxa legal a contar do evento danoso, conforme orientação extraída das Súmulas 43 e 54 também do STJ.

## 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, 14 de maio de 2009.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Nivaldo Alves da Mota, nos autos de Ação de Indenização por Danos Morais que move em face do Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença de improcedência dos pedidos iniciais, interpôs recurso de apelação. Alega que os danos sofridos deram-se por culpa exclusiva de prepostos do Estado, que não diligenciaram em excluir dos seus registros o mandado de prisão já revogado. Sustenta que foi preso injustamente por aproximadamente oito horas, sem nada dever à justiça, o que lhe gerou todo tipo de constrangimento. Alega que o *quantum* indenizatório deve ser de R$ 50.000,00, tendo em vista o abalo a sua honra gerado pela prisão ilegal.

Em contrarrazões ao recurso, pugnou-se pelo seu não provimento.

## VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nivaldo Alves da Mota contra a sentença de improcedência dos pedidos formulados nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que move em face do Estado de Mato Grosso do Sul. Depreende-se dos autos que o autor foi conduzido à Delegacia de Policia, lá permanecendo por algumas horas, em virtude de mandado de prisão civil já revogado.

Pois bem. A meu ver, a sentença merece reforma. É que, consoante se extrai dos autos, o apelado foi preso indevidamente em 10 de março de 2006 (Boletim de ocorrência de f. 26-7), em virtude de mandado de prisão que fora revogado no ano de 2001 (f. 20), ou seja, mais de cinco anos antes. Note-se que o apelado sofreu constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.

Inegável, no caso, a responsabilidade do Estado ao manter um sistema falho, que permite que policiais durante uma ronda de rotina levem alguém preso, em razão da constatação em seu sistema de mandado de prisão já revogado. É pacífico o entendimento, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, de que Estado é responsável pelos danos que causar aos particulares quando no exercício de suas funções, havendo ou não culpa *"lato sensu"* de seus agentes, a teor do disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, bastando que reste demonstrado o dano e o seu nexo causal com a atividade exercida pelo Estado.

Segundo a teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado, basta que o ofendido comprove o seu prejuízo, ou seja, a lesão sofrida, para que se configure a responsabilidade do Estado, já que é obrigação do Poder Público a prestação correta e adequada de seu mister. E no caso de prisão indevida é indiscutível que o dano moral é presumido, sendo óbvio o constrangimento e a humilhação a que se submete aquele que é preso indevidamente.

Desse modo, é dever do Estado reparar o erro cometido, uma vez que estreme de dúvida o sofrimento, a dor moral, a humilhação e o constrangimento suportado pelo apelado em virtude da sua prisão indevida. Nesse sentido já decidiu este Tribunal de Justiça:

> E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRISÃO INDEVIDA – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO – DANO MORAL CONFIGURADO – RESPONSABILIDADE DO ESTADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO ELEVADO – REDUÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – SENTENÇA RETIFICADA. Restando demonstrado que a falha adveio do Estado, é seu dever reparar o erro cometido quando não há dúvida de que o autor tenha sofrido dor irreparável, humilhação e constrangimento em virtude da prisão indevida. Não existindo parâmetros para a fixação do valor do dano, a indenização por danos morais deve ser fixada pelo julgador segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento ilícito, devendo atender sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor. (AC, Ordinário, n. 2007.025587-1, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 9.10.07).

A respeito também já deliberou o Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. 1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal .2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5.

> A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF.6, Recurso especial provido. (REsp n. 220.982/RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 22.2.00, DJ 3.4.00, p. 116) - destaquei.

Resolvido isso, cabe apreciar o pedido em relação ao *quantum* indenizatório.

Primeiramente, importa deixar claro que a indenização por dano moral, para a vítima, não leva a um ressarcimento, mas a uma compensação. Já para o causador do dano representa uma forma de punição suficiente para inibir sua reincidência. Segundo os ensinamentos de Caio Mário:

> 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 que se observar, também, a atividade, a condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor em suportar o encargo, sem dar azo ao enriquecimento sem causa.

*In casu*, tenho que o montante de R$ 10.000,00 constitui *quantum* capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como fazer com que o Estado procure formas mais seguras e eficazes de atualização de seu banco de dados, a fim de evitar ações que possam causar grave lesão à direitos fundamentais dos cidadãos, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Tal valor deverá ser corrido pelo IGPM desde a data do arbitramento, consoante dispõe a súmula 362 do STJ. Enquanto os juros deverão ser aplicados a taxa legal de 1% ao mês a contar do evento danoso, conforme orientação extraída das súmulas 43 e 54 também do STJ.

Por tais razões, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando a sentença objurgada, julgar procedente o pedido inicial, condenando o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de R$ 10.000,00 ao autor, a título de danos morais, acrescidos de juros de mora a taxa legal de 1% ao mês, desde o evento danoso, e correção monetária pelo IGPM desde o arbitramento. Honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação, a serem suportados integralmente pelo Estado de Mato Grosso do Sul. Custas isentas por força do disposto no Regimento de Custas.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 14 de maio de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2008.014230-2 - Três Lagoas
## Quinta Turma Cível
## Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – COMODATO DE TERRAS PÚBLICAS – VENCIMENTO CONTRATUAL – DIREITO À REINTEGRAÇÃO – POSSE ANTERIOR EXERCIDA DE BOA-FÉ – BENFEITORIAS NECESSÁRIAS E ÚTEIS – INDENIZAÇÃO E RETENÇÃO – DIREITO RECONHECIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1- Vencido o contrato de comodato, o comodatário deve restituir o bem recebido a título precário; havendo resistência, deve-se assegurar ao comodante a reintegração na posse do bem. 2 - Todavia, o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor delas.

BENFEITORIAS – INDENIZAÇÃO – SENTENÇA QUE ATRIBUIU A ANÁLISE DO PEDIDO À AÇÃO INDENIZATÓRIA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO AUTOR – FALTA DE INTERESSE RECURSAL – RECURSO NÃO- CONHECIDO.

Não há interesse recursal, se a sentença nem sequer apreciou o mérito do pedido indenizatório, ao argumento de que o direito deve ser pleiteado em ação própria.

## 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 de Valdeir Ribeiro dos Santos e não conhecer do apelo do Município de Três Lagoas, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de maio de 2009.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Valdeir Ribeiro dos Santos apela da sentença que julgou procedente o pedido feito na Ação de Reintegração de Posse proposta pelo Município de Três Lagoas, relativa ao lote n. 113 da área denomina Cinturão Verde, sem lhe garantir o direito ao ressarcimento pelas benfeitorias realizadas, que deverá ser pleiteado pelas vias próprias. Afirma que, durante cinco anos, vem exercendo a posse da área, na qual plantou culturas de subsistência. Afirma haver nos autos provas da posse, das benfeitorias por ele realizadas, assim como de sua aptidão profissional, capacidade laborativa, condição sócio-econômica e familiar. Sustenta que o juízo *a quo* decidiu por suposição, sendo que a utilização do lote, realização de benfeitorias e cultivo da terra foi constatado pelo perito, não havendo, ademais, nenhuma prova de que tenha infringido dispositivo contratual. Assim, pede seja reformada a sentença, julgando-se totalmente improcedente o pedido feito na reintegração de posse ajuizada.

O apelado, nas contrarrazões (f. 214-220), pugna pelo improvimento do recurso.

O Município de Três Lagoas também apela da sentença, a fim de que seja reformada a sentença, para excluir a alusão a que o direito de ressarcimento pelas benfeitorias deverá ser exercido pelo apelado, pelas vias próprias.

Não foram apresentadas contrarrazões.

## VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

**1. RECURSO INTERPOSTO POR VALDEIR RIBEIRO DOS SANTOS.**

O apelante pretende a reforma da sentença, que julgou procedente o pedido feito na Ação de Reintegração de Posse ajuizada pelo Município de Três Lagoas. A ação foi proposta pelo Município, ao argumento de que o apelante não teria preenchido os requisitos exigidos pelo Decreto n. 442 de 15 de setembro de 2003, que dispõe sobre a concessão de direito real de uso dos lotes localizados no Cinturão Verdade de Três Lagoas. Argumentou o Município que houve o descumprimento dos itens II e IV do art. 2º do referido Decreto, que dispõem (f. 8) sobre a renda *per capita* do possuidor e sua experiência com atividades agrícolas ou hortifrutícola.

Observo que as partes celebraram o contrato em 2000, conforme documento de f. 50 e 51, com duração de quatro anos, vencendo-se no dia 20 de setembro de 2004. Em maio de 2004, o apelante foi notificado de que teria de devolver o lote, até porque, conforme os documentos de f. 10-12, não teria comprovado a observância aos requisitos do Decreto n. 442/2003, para nele permanecer. Assim, como se recusasse a desocupá-lo, sem que fosse indenizado das benfeitorias que nele foram realizadas, o Município ajuizou a presente ação.

De fato, o apelante realizou algumas benfeitorias no bem, como constatadas pela perícia judicial realizada. Constatou-se em especial a construção de uma casinha de alvenaria, o levantamento de cercas, e instalação de padrão de energia. Diante disso, a primeira observação que faço é de que o contrato foi firmado por tempo determinado, vencendo-se em 20 de setembro de 2004. Em maio daquele ano, como afirmado, o apelante foi notificado de que teria de desocupar o lote, já que não mais se inseria entre os beneficiados pelo Decreto n. 442/2002, e não teria direito a indenização por benfeitorias.

Assim, o contrato está vencido, desde 20 de setembro de 2004, de modo que, a partir dessa data, não se pode mais falar em posse de boa-fé. Se o bem foi entregue em comodato, e o possuidor, vencido o contrato e notificado a restituí-lo, se recusa a fazê-lo, sua posse, que antes era justa e de boa-fé, fundada em direito pessoal, agora é injusta e de má-fé. Nessas condições, mantida a coisa como possuidor direto, que se recusa a restituí-la, ocorre uma mudança na causa de sua posse, tornando-se ele *possuidor precário*. A posse precária, portanto, é aquela que decorre do abuso de confiança, de uma mudança arbitrária e ilícita na *causa possessionis*, convolando-se a posse justa em posse injusta, viciosa, em razão da recusa na restituição, a que se obrigara o possuidor. E, como o apelante não ignorava o vício da sua posse, mantendo-se no lote além do prazo contratual estabelecido, sua posse depois da mora não é de boa-fé, *a contrario sensu* do disposto no art. 1.201, *caput*, do Código Civil, que reza: *"É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa"*.

Feitas essas considerações, não se pode negar o direito do apelado à reintegração na posse do bem, pois, uma vez que o possuidor *em precário* se recusa a restituir a coisa, ocorre o esbulho possessório, incidindo a regra do art. 1210 do Código Civil, segundo a qual o possuidor tem direito a ser restituído na posse, em caso de esbulho.

Todavia, o apelante também se insurge por não ser indenizado pelas benfeitorias que realizou no bem. O Município nega que ele tenha direito à indenização pretendida, e o juízo *a quo,* a despeito de ter autorizado a prova pericial, entendeu que eventual direito deve ser discutido em ação própria. A questão a ser dirimida, portanto, diz respeito ao direito de indenização pelas benfeitorias.

Anoto, inicialmente, que a posse exercida pelo apelante, até o vencimento do contrato, era de boa-fé. Ele estava no lote em razão do contrato celebrado com o Município, não havendo nos autos nenhuma prova ou indício que desqualifique esse caráter da posse exercida. Portanto, até 20 de setembro de 2004 o apelante era possuidor de boa-fé. Assim, como a proteção possessória é um efeito da posse, dela irradiam outros, igualmente relevantes, como o direito à percepção dos frutos, à indenização e à retenção por benfeitorias.

Benfeitorias, segundo o magistério de Altino Portugal, *"são melhoramentos feitos na coisa, que poderão consistir em obras, acréscimos, aprimoramento de sua qualidade, aumento de seu valor, eliminação de seus defeitos ou na realização de despesas para sua preservação"*. Podem elas ser necessárias, úteis ou voluptuárias (CC, art. 96), segundo a precisa lição do Teixeira de Freitas, no art. 905 do seu famoso "Eboço":

> São benfeitorias necessárias aquelas sem as quais a coisa não poderia ser conservada. São benfeitorias úteis as que, não sendo indispensáveis para a conservação da coisa, seriam todavia de manifesto proveito para qualquer possuidor dela. São benfeitorias voluptuárias as de mero luxo ou recreio, ou de exclusiva utilidade para quem as fez.

Com alicerce nessas preciosas lições, para dirimir a questão, deve-se atentar o disposto no art. 1219 do Código Civil, que estabelece o seguinte: *"O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis"*.

É certo que o contrato não assegura direito a nenhuma indenização por benfeitoria. Todavia, o contrato não pode se sobrepor à lei, até porque o proprietário da coisa, na maioria das vezes, não teria nenhum interesse em indenizar as benfeitorias realizadas. Com isso, devem ser observadas as disposições do Código Civil, naquilo que contraria o contrato.

Tratando-se de possuidor de boa-fé, o apelante tem direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis que houver realizado no imóvel, como as constatadas na perícia. Aliás, no que diz respeito à pequena construção de alvenaria, não vejo razão alguma para que não seja indenizado, soando-me abusiva a exigência de que o comodatário não construa no lote uma casa de alvenaria, exigindo-lhe viver dentro de uma construção "rústica". Se a concessão da terra tem por objetivo propiciar uma melhora na qualidade da vida de pessoas humildes, que a recebem para a cultivar, podendo nela construir sua habitação e cria a família, não tem cabimento proibi-las de construir uma casa de alvenaria, o que seria vedar-lhe o progresso social. Observo ainda que não se esta falando de benfeitoria voluptuosa, mas de uma simples casa de tijolos, indispensável à vida e sua dignidade, como demonstra a foto de f. 46.

Logo, uma vez que as benfeitorias realizadas e constatadas pela perícia denotam manifesto proveito para qualquer possuidor do lote, é direito do apelante ser indenizado, sob pena de retenção a posse da coisa.

2. RECURSO INTERPOSTO POR MUNCÍPIO DE TRÊS LAGOAS.

O recurso interposto pelo Município de Três Lagoas é manifestamente inadmissível, porque não existe interesse em recorrer, apenas por que o juízo *a quo* afirmou que eventual indenização deve ser pleiteada pelo apelado em ação própria. A simples menção de que um eventual direito de indenização deve ou pode ser pleiteado pelas vias próprias não tem o condão de assegurar esse direito, que nem sequer foi apreciado pelo juízo monocrático.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Valdeir Ribeiro dos Santos, a fim de reconhecer seu direito à indenização pelas benfeitorias realizadas no terreno objeto do comodato, assegurando-lhe a retenção do bem, até que seja indenizado. Deixo de conhecer o recurso interposto pelo Município de Três Lagoas, por falta de interesse recursal.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE VALDEIR RIBEIRO DOS SANTOS E NÃO CONHECERAM DO APELO DO MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 14 de maio de 2009.

***

# Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2006.011725-5/0001-00
# São Gabriel do Oeste - Segunda Turma Cível
# Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO DA PIRATARIA DE SEMENTES DE SOJA OU MESMO DE VIOLAÇÃO À LEI N. 9.756/97 – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não existindo nos autos prova cabal de pirataria de sementes de propriedade intelectual da agravante, titular dos direitos melhoristas de vários tipos de sementes de soja, não há acolher as pretensões cominatória e indenizatória ou mesmo reconhecer qualquer violação à lei de proteção de cultivares.

## 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, 9 de junho de 2009.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Bayer S.A., inconformada com a decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de apelação interposto em razão da sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação cominatória c/c indenização por ato ilícito com pedido de tutela antecipada em desfavor de Primor Serviços Ltda., interpõe o presente agravo regimental.

Alega, em síntese, que a decisão agravada deve ser reformada, uma vez que restou comprovado nos autos a prática, pela agravada, de pirataria de sementes de propriedade intelectual da agravante, que é titular dos direitos melhoristas de vários tipos de sementes de soja, o que pode ser constatado pelo teor do laudo de vistoria à f. 176, em que restou mencionado pelo oficial de justiça que foi localizada grande quantidade do produto, dentre elas a *Adentis 7002*.

Ressalta que, ao contrário do asseverado na decisão agravada, seria desnecessária a produção de prova pericial apta a comprovar a identidade genética das sementes, pois o art. 37 da Lei n. 9.756/97, que dispõe sobre a produção de cultivares, proíbe o armazenamento e embalagem de sementes protegidas, restando comprovado nos autos que a agravada praticou todos os atos preparatórios da pirataria, incorrendo em crime de violação dos direitos do melhorista.

Afirma que se desincumbiu de seu ônus probatório, comprovando que as sementes estavam estocadas no armazém da agravada, sendo certo que as informações dos oficiais de justiça constantes do laudo de vistoria, em que foi asseverado que a agravada negou-se a fornecer a lista de produtores; apagou planilhas, etc., gozam de fé pública.

Pugna pela reconsideração da decisão agravada e, caso mantida, requer o conhecimento e provimento do regimental.

O agravante requer, ainda, sua intimação prévia da data de julgamento para que possa fazer sustentação oral, pedido que resta indeferido por esta relatora, ante a ausência de previsão legal.

Mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

## VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

**Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2006.011725-5/0001.00**

A decisão agravada restou assim redigida:

> Trata-se de apelação interposta por Bayer Seeds Ltda. objetivando reformar a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de São Gabriel do Oeste/MS, que julgou improcedente o pedido formulado na Ação Cominatória c/c Indenização ajuizada em desfavor de Primor Serviços Ltda.
>
> Entendeu o Juízo a quo que não restou demonstrada a prática de conduta ilícita por parte da recorrida ou mesmo o dever de indenizar, vez que a suposta utilização das sementes e grãos oriundos de cultivares da recorrente não passaram de suspeitas, tendo a recorrente limitado-se a juntar aos autos – como prova do direito afirmado – documentos relativos à extinta ação cautelar preparatória de vistoria e inspeção judicial, que nada concluiu acerca do alegado comércio de pirataria realizado pela recorrida.
>
> Inicialmente, insta esboçar o retrospecto fático para melhor elucidação e compreensão da situação trazida no presente recurso. Pois bem.
>
> A recorrente ajuizou ação cautelar de vistoria, inspeção e posterior busca e apreensão em desfavor da recorrida, preparatória à ação cominatória – que ensejou o presente recurso – objetivando demonstrar a ocorrência de prática ilícita – armazenamento e comercialização das sementes de propriedade da recorrente sem prévia autorização – efetuada pela recorrida, ensejando, assim, o dever de reparação.
>
> A sentença proferida pelo Juízo a quo ratificou a liminar de inspeção e vistoria anteriormente deferida, julgando improcedente a cautelar no tocante à busca e apreensão das sementes, ensejando a interposição de recurso de apelação (Processo n.º 2005.002056-4), distribuído a esta relatora, ao qual foi negado provimento, em votação unânime.
>
> Entendo oportuno transcrever trecho do voto proferido por esta relatora por ocasião do julgamento da apelação, verbis:
>
> "Pesem as afirmações expendidas pelos apelantes, tenho que o apelo interposto não merece provimento. Vejamos.

Com efeito, ao contrário do afirmado em suas razões recursais, a vistoria e inspeção judicial realizadas nos armazéns pertencentes aos apelados não comprovou, de forma cabal, serem as sementes ali estocadas versões piratas daquelas desenvolvidas pelos apelantes, fato unicamente aferível por meio de perícia na qual se perfizesse uma análise comparativa dos grãos encontrados nos referidos armazéns com as sementes procedentes dos cultivares dos apelantes, prova pericial esta que não chegou a ser produzida nos autos, pois nunca foi objeto de requerimento por parte dos autores.

O que se infere da análise dos presentes autos é que os apelantes se equivocaram ao ajuizar ação cautelar de vistoria, inspeção e posterior busca e apreensão com o intuito de propor ação principal de indenização, pois o ressarcimento de eventuais perdas e danos sofridas com a prática, em tese, da aludida pirataria de sementes, só poderia ser comprovável através da realização de perícia, requerível a título de tutela antecipada na ação principal ou através da propositura de ação cautelar preparatória.

Assim, a inspeção e vistoria realizada acabou por revelar o óbvio: a existência de vários grãos estocados nas instalações pertencentes aos apelados, os quais, como prestadores de serviço que são, realizam tão somente o beneficiamento e ensacamento dos grãos colhidos pelos produtores locais, que, segundo a ótica externada pelos apelantes nos argumentos trazidos ao longo de toda a marcha processual, seriam os verdadeiros infratores da legislação que protege a produção intelectual relativa ao desenvolvimento de novas espécies de sementes nos cultivares de propriedade dos apelantes.

Dessa forma, a plausibilidade do direito alegado (fumus boni iuris) não se mostrou apresentável de forma a autorizar a concessão da medida cautelar de busca e apreensão pleiteada, que traria, por certo, imensuráveis prejuízos aos apelados e, conseqüentemente, aos produtores locais que lhes confiaram o beneficiamento e ensacamento da produção anual de soja, tendo agido com acerto o magistrado a quo ao indeferir a medida na sentença apelada.

Além disso, tampouco subsiste o perigo na demora da concessão do provimento jurisdicional pleiteado, pois, consoante noticiam os apelados nas suas contra-razões, as sacas encontradas nos seus estabelecimentos quando da realização da inspeção e vistoria deferidas inaudita altera pars pelo juízo singular já não mais se encontram em seu poder, tendo retornado aos produtores após a prestação dos serviços oferecidos.

Isso posto, ausentes os requisitos necessários à concessão da busca e apreensão pleiteada, seu indeferimento é medida que se impõe.

Com efeito, ao negar provimento ao recurso interposto na cautelar, foi ressaltado que a comprovação da suposta pirataria das sementes de propriedade da recorrente dependeria da realização de prova pericial apta a elucidar as questões técnicas afetas ao caso concreto, inclusive a decodificação de tabelas que, segundo a recorrente, foi utilizada para "escamotear a prática pirata que leva a cabo em seus armazéns (f. 574).

Outrossim, insta salientar que a recorrente formulou, na cautelar, requerimento no sentido de ter acesso às tabelas de decodificação das siglas constantes das sacas de sementes armazenadas e, concomitantemente, que fossem colhidas amostras de todos os lotes de sacas existentes nos armazéns da recorrida, Primor Serviços Ltda., para averiguação da identidade genética das sementes. Este segundo requerimento foi indeferido pelo Juízo a quo, sob o seguinte argumento:

Com efeito, a pretensão no que concerne à colheita de amostra redunda em cautelar antecipada de provas sem que para tanto, sejam observados os requisitos específicos. Ora, a cautelar de antecipação de provas é perfeitamente prevista no sistema e, evidentemente, constitui-se em devido processo legal, para o qual são imprescindíveis a ampla defesa e o contraditório (f. 255)

Vê-se, portanto, que não foram colhidas quaisquer amostras das sementes no intuito de verificar eventual identidade genética com aquelas produzidas pela recorrente, tendo referida ação cautelar transitado em julgado em 17.10.2005, conforme constatado em consulta ao andamento processual perante o SAJ – Sistema de Automação do Judiciário.

Compulsando os autos, constato que todas as argumentações lançadas pela recorrente no decorrer da ação cominatória, dão como certa e inconteste a prática de pirataria praticada pela recorrida, com base nas provas obtidas nos autos da aludida medida cautelar.

É justamente neste aspecto que não procede ao inconformismo da recorrente em relação à fundamentação da sentença a quo, que entendeu, acertadamente que "embora a cautelar tenha logrado evidenciar o armazenamento das sementes nas dependências da primeira requerida (que, aliás, tem na armazenagem de grãos uma de suas principais atividades) e, ainda, que certa quantidade dessas sementes havia sido produzida pelos demais requeridos, o fato é que não se comprovou se efetivamente estavam sendo praticadas as condutas proscritas pela Lei n. 9.456/97." (f. 548)

Apesar da recorrente afirmar, categoricamente, que a medida cautelar alcançou os objetivos pretendidos, por meio da vistoria e inspeção judicial, tendo sido descoberta "enorme quantidade de sementes piratas de cultivares protegidos, de titularidade intelectual da BAYER, estocadas nos armazéns da Apelada PRIMOR, exatamente como se suspeitava" e que "o estoque de tais sementes estava codificado mediante eloquentes tabelas secretas, em manifesta contrariedade às disposições legais pertinentes e evidenciando o intuito ilícito dos armazéns.", inexiste nos autos qualquer prova dessas alegações.

Ao contrário, o pedido de busca e apreensão pretendido pela recorrente foi julgado improcedente – decisão confirmada por esta Corte – sob o fundamento de ausência de comprovação ou constatação da alegada pirataria genética.

Como ressaltado pelo magistrado a quo ao proferir decisão no pedido cautelar, verbis: "[...] não se constatam provas seguras de que as sementes existentes no início ou hoje nos armazéns das requeridas constituem objeto de pirataria, e isso, conciliado ao fato de que a prova com base na qual se pede a busca e apreensão restringe-se à inspeção e à vistoria, e estas não foram produzidas sob o crivo do contraditório, não há elementos mesmos para a apreensão da semente. (f. 523)

Incontestavelmente, a recorrente não alcançou o objetivo pretendido na ação cautelar, qual seja, a efetiva constatação de que a requerida estaria beneficiando, classificando, embalando, armazenando, transportando e comercializando sementes de sua titularidade, não querendo significar, com isso, que tais fatos não poderiam ser demonstrados na ação cominatória. Entretanto, não o foram, vez que a recorrente utilizou-se dos mesmos argumentos então lançados na medida cautelar, não tendo produzido quaisquer provas capazes de comprovar a prática do ato ilícito, consubstanciado na violação à Lei n.º 9.456/97 (Lei de Proteção de Cultivares).

De início, verifico que a recorrente aduz – nas razões de recurso – que "a vistoria demonstrou que, naquele momento, a PRIMOR estava estocando 1.696 sacas de sementes de titularidade da BAYER, de cultivares protegidos: A-7002 (f. 574)", afirmação que não corresponde aos termos do auto de vistoria de f. 178 dos autos, que atestou o seguinte:

A firma PRIMOR SERVIÇOS LTDA. é composta por um armazém, porém parte do produto encontrava-se cedido no armazém ao lado, onde estão estocadas uma enorme variedade de sementes de soja, devidamente classificadas, embaladas em sacas de 50Kg e ordenados em lotes de no máximo 265 sacas, onde na sua maioria os lotes são de 250 sacas, estando todos os lotes escrito a mão com pincel atômico, o nome do produtor, o código do produto interno e sua quantidade.

Outrossim, foi transcrito no referido auto, o quadro demonstrativo de sementes de soja encontrados no local, não tendo sido feita qualquer referência aos cultivares mencionados pela recorrente, como se infere às fls. 258-259.

Embora a recorrente afirme que foi possível verificar a existência das sementes protegidas após o deferimento pelo Juízo a quo, nos autos da cautelar, do pedido de decodificação das tabelas (siglas das sacas de sementes) utilizadas pela primeira recorrida, nada foi comprovado, tendo sido atestado pelo oficial de justiça que a "funcionária Sara, prontamente nos entregou a lista dos códigos internos em relação à variedade da semente, conforme lista anexa", não existindo, também, na referida lista, a prova da alegada pirataria, limitando-se a recorrente a alegar – sem comprovar – que as sementes A-7002 foram ilicitamente produzidas pelo armazém PRIMOR para seus clientes agricultores.(f.258)

Destarte, não há como levar em consideração tal alegação, ante a total inexistência de provas, mormente a pericial, aliás, dispensada pela recorrente, que requereu, na audiência de conciliação designada pelo Juízo a quo – nos autos da ação cominatória – o julgamento antecipado da lide, conforme se infere às f. 461 dos autos.

Supondo que as suspeitas da recorrente fossem procedentes, haveria imperiosa necessidade de averiguar a procedência dessas sementes, investigando minuciosamente, por meio de perícia técnica; obtenção de amostras do produto ou outro meio idôneo, a constatação da identidade genética das sementes.

De outra banda, insurge-se a recorrente contra a sentença a quo, alegando que o Juízo não procedeu à adequada aplicação dos artigos 10 e 37 da Lei n. 9.456/97 (Lei de Proteção de Cultivares) e art. Lei n. 10.711/04 (Lei de Sementes e Mudas). Manifestou-se o Juízo, a esse respeito:

Embora a cautelar tenha logrado evidenciar o armazenamento das sementes nas dependências da demandada – que, aliás, tem na armazenagem de grãos uma de suas principais atividades – o fato é que não se comprovou se efetivamente estavam sendo praticadas as condutas proscritas pela Lei n. 9.456/97.

Deveras, a conduta ilícita – aquela proibida pela legislação pertinente – é a produção com fins comerciais, o oferecimento à venda ou a comercialização do material de propagação da cultivar, sem autorização do titular, no caso, a autora.

Todavia, como mencionado, do contido nos autos, não é possível concluir que a demandada estaria agindo em afronta à previsão legal. Não se pode olvidar: a boa fé se presume, mas a má-fá deve ser comprovada.

Enfim, o direito da autora em ver protegidas suas sementes, por si só, não autoriza concluir que a requerida, com fins comerciais, produzindo, oferecendo à venda ou, de qualquer forma, comercializando a cultivar ou o material de reprodução ou multiplicação vegetativa da planta inteira (também protegidos pela lei). (f. 548)

Com efeito, a sentença recorrida foi devidamente fundamentada, não tendo aplicado os dispositivos legais invocados pela recorrente pelo fato de não ter sido comprovada a alegada violação, tanto pela precariedade das provas obtidas com a vistoria e inspeção judicial como pela ausência de provas nos autos da ação cominatória.

Apesar da clareza da norma prescrita no art. 37 da Lei de Proteção de Cultivares, não restou comprovado nos autos a prática de venda, reprodução, importação, exportação, embalagem e armazenamento de material de propagação de cultivares.

> Aliás, esta Segunda Turma Cível já teve a oportunidade de se manifestar sobre litígio idêntico, por ocasião do julgamento da Apelação Cível n. 2006.000520-4, interposto pela apelante em desfavor de Chapada Armazéns Gerais Ltda., da relatoria do Des. Divoncir Schreiner Maran, que proferiu esclarecedor voto, ao asseverar que:
>
> Por sua vez, os elementos coligidos nos autos não fazem prova cabal de que as sementes estocadas pela apelada estavam sendo ilegalmente comercializadas, ou seja, que foram objeto de pirataria.
>
> Vale dizer, a vistoria realizada na respectiva ação cautelar envolvendo as partes apenas comprovou o armazenamento de sementes na dependência da apelada, o que é bem compreensível, inclusive por ser esta a sua atividade principal. Contudo, nada restou provado a respeito de quaisquer condutas ilegais, notadamente aquelas previstas na Lei n. 9.456/1997.
>
> Reforçando de vez essa convicção, cito parte dos fundamentos do acórdão que julgou o apelo interposto na ação cautelar mencionados pelo Juízo de primeiro grau à f. 489, in verbis:
>
> [...] a vistoria e inspeção judicial realizadas nos armazéns pertencentes aos apelados não comprovou, de forma cabal, serem as sementes ali estocadas versões piratas daquelas desenvolvidas pelos apelantes, fato unicamente aferível por meio de perícia na qual se perfizesse uma análise comparativa dos grãos encontrados nos referidos armazéns com as sementes procedentes dos cultivares dos apelantes, prova pericial esta que não chegou a ser produzida nos autos, pois nunca foi objeto de requerimento por parte dos autores.
>
> [...]
>
> Assim, a inspeção e vistoria realizada acabou por revelar o óbvio: a existência de vários grãos estocados nas instalações pertencentes aos apelados, os quais, como prestadores de serviço que são, realizam tão somente o beneficiamento e ensacamento dos grãos colhidos pelos produtores locais, que, segundo a ótica externada pelos apelantes nos argumentos trazidos ao longo de toda a marcha processual, seriam os verdadeiros infratores da legislação que protege a produção intelectual relativa ao desenvolvimento de novas espécies de sementes nos cultivares de propriedade dos apelantes.
>
> Consigne-se que não há falar em confissão da apelada ou mesmo em presunção dos fatos alegados na inicial, especialmente porque a contestação, analisada em seu conjunto, refuta os fatos alegados na inicial, conforme, aliás, dispõe o artigo 302, III, do Código de Processo Civil.

Disso decorre que não é possível falar em antecipação da tutela recursal, pois o próprio direito reclamado não existe.

Esta decisão restou assim ementada:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA DA PIRATARIA – IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – HONORÁRIOS FIXADOS ADEQUADAMENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Não havendo prova da pirataria de sementes, não há como acolher as pretensões cominatória e indenizatória, especialmente quando, analisando a defesa em seu conjunto, não se pode falar da alegada confissão ou presunção ficta. (TJMS, AC n. 2006.000520-4, São Gabriel do Oeste, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, DJ 25.9.06).

Destarte, a sentença recorrida não merece qualquer reparo, vez que bem analisou as questões suscitadas pela parte recorrente, inclusive em relação ao pedido de tutela inibitória.

Por fim, no tocante à verba honorária, a recorrente pretende que seja reduzida, sob o argumento de que a fixação no valor em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), não se amolda ao dispositivo constante do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Razão não assiste à recorrente.

Conforme dispõe o § 4º do art. 20 do CPC, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Publica, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários advocatícios devem ser fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz.

Com efeito, para essa fixação, o magistrado deve atentar para as circunstâncias previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo 3º, e demais situações constantes dos autos, e ainda que o valor da causa possa ser utilizado como parâmetro, devem ser sopesados outros fatores, mormente por se tratar de ação de embargos de terceiros, que não se trata de ação de alta complexidade.

Neste prisma, ainda que a fixação dos honorários advocatícios tenha sido equivalente a 10% sobre o valor dado à causa, revela-se justo e consentâneo com as circunstancias previstas nas alíneas dos §§ 3º e 4º do art.20 do CPC.

Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTES – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO EM PERCENTUAL QUE NÃO VIOLA O § 4º DO ART. 20 DO CPC – INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO – EMBARGOS REJEITADOS.

A fixação de honorários advocatícios em 10% do valor correspondente ao proveito obtido pelo embargante, nos embargos à execução, não viola o § 4º do art. 20 do CPC.

Não há óbice para que o arbitramento dos honorários, conforme apreciação eqüitativa do juízo, seja feito em porcentagem sobre o valor da condenação, tal como prevê o §3º do referido artigo. (TJMS, AC n. 2005.004551-1, Campo Grande, Segunda Turma Cível, Relª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 17.10.06.)

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, POR PERDA DE OBJETO – ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA A QUEM DEU CAUSA AO PROCESSO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO EM PERCENTUAL – TÉCNICA PROCESSUAL QUE RECOMENDA A FIXAÇÃO POR EQÜIDADE – PERCENTUAL QUE ATINGE VALOR COMPATÍVEL – MANUTENÇÃO – PREQUESTIONAMENTO – INSUBSISTENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Quem dá causa ao processo responde pelas respectivas despesas, ainda que, no seu curso, a lide fique prejudicada por perda de objeto.

Embora não seja de boa técnica a fixação, em sentença declaratória, de honorários advocatícios com base em percentual, se este atinge valor compatível com o critério da eqüidade e atende as recomendações das alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 CPC, o qual não é exacerbado, deve ser mantido.

> Para o prequestionamento, deve o recorrente demonstrar a utilização do dispositivo pelo julgador, a interpretação diversa do seu conteúdo ou a negativa de vigência, sob pena de tornar-se insubsistente. (TJMS, AC n. 2004.006860-3, Dourados, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 18.3.08).

> Neste diapasão, Araken de Assis, em singular lição, afirma que

> Como quer que seja, consagrada aquela exegese do § 4º do art. 20, embargada ou não a demanda executória, nada obsta que o juiz ainda se utilize do critério do porcentual, fundado em "apreciação eqüitativa" e atendendo as normas das alíneas a, b e c do §3º.[1]

> Destarte, o montante fixado pelo Juízo *a quo* mostra-se proporcional, devendo ser mantido, considerando-se os critérios insculpidos nos § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, em especial o empenho despendido pelo causídico, o lugar da prestação dos serviços e a natureza da causa.

> Por tais razões, com fulcro no caput do art. 557, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso de apelação interposto por Bayer Seeds Ltda., mantendo-se inalterada a sentença recorrida.

Com efeito, a decisão agravada bem analisou a questão posta via agravo, não logrando o recorrente trazer, na petição do regimental, qualquer argumento que me fizesse rever a opinião dantes externada.

Como asseverado na decisão objurgada, a vistoria realizada no armazém da agravada não comprovou a alegada pirataria, limitando-se a levantar suspeitas, sem verificar a efetiva procedência das sementes, o que foi inclusive ressaltado pelo Juízo *a quo* por ocasião da inspeção realizada no local onde se encontravam armazenadas as sacas de sementes, ao asseverar:

> Feita a inspeção, sem grande êxito, e a vistoria, segundo os autores, muito exitosa, comparecem novamente os autores pedindo a continuidade da vistoria na sede da segunda ré (PRIMOR) para se obter acesso documental ou digital das tabelas de decodificação das siglas das sacas de sementes. (f. 255)

Entretanto, após o deferimento do pedido de continuidade da vistoria formulado na cautelar, objetivando obter as tabelas de decodificação das siglas, a alegada pirataria não foi constatada.

Importante ressaltar o equívoco da agravante ao fazer menção ao conteúdo do auto de vistoria, pois a decisão agravada jamais colocou em dúvida a fé pública do oficial que promoveu a vistoria e elaborou o respectivo auto de f.178-181, realizado no armazém da empresa Primor Serviços Ltda., que, ao contrário do afirmado pela agravante, não registra a alegada tentativa do funcionário em apagar "colunas de planilhas *Exel*", uma vez que este fato foi informado pelo oficial por ocasião da elaboração do auto de vistoria de empresa diversa, que também figurava como requerida na ação cautelar ajuizada pela ora agravante.

Aliás, como ressaltado na decisão agravada, esta Segunda Turma Cível já teve a oportunidade de se manifestar sobre litígio idêntico, por ocasião do julgamento da Apelação Cível n. 2006.000520-4, interposto pela apelante em desfavor de Chapada Armazéns Gerais Ltda., da relatoria do Des. Divoncir Schreiner Maran, que proferiu esclarecedor voto, destacando exatamente a escassez de provas, ao asseverar que:

> [...] os elementos coligidos nos autos não fazem prova cabal de que as sementes estocadas pela apelada estavam sendo ilegalmente comercializadas, ou seja, que foram objeto de pirataria. Vale dizer, a vistoria realizada na respectiva ação cautelar envolvendo as partes apenas comprovou o armazenamento de sementes na dependência da apelada, o que é bem compreensível, inclusive por ser esta a sua atividade principal. Contudo, nada restou provado a respeito de quaisquer condutas ilegais, notadamente aquelas previstas na Lei n. 9.456/1997.

Por tais razões, sem mais delongas, nego provimento ao agravo regimental.

1 ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução.** 5. ed. São Paulo: RT. 1998. p. 442.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Dorival Renato Pavan, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves e Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 9 de junho de 2009.

***

## Mandado de Segurança n. 2008.009885-8 - Capital
## Segunda Seção Cível
## Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – ABONO DE PERMANÊNCIA – PRELIMINAR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AFASTADA – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO – AUTOTUTELA – INOBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – DIREITOS INDIVIDUAIS – DELEGADOS DE POLÍCIA – FUNCIONÁRIOS POLICIAIS – APOSENTADORIA REGULAMENTADA PELA LEI ESTADUAL N. 3.150/05 E LEI COMPLEMENTAR N. 51/85 – INTERPRETAÇÃO ALINHADA À REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA.

Concedida a aposentadoria voluntária ao servidor civil que pretende continuar percebendo o abono de permanência, o benefício ser-lhe-á devido até o momento em que o ato for consolidado, não havendo falar em impossibilidade jurídica do pedido se, ao tempo da impetração, ainda era detentor do direito pretendido, que se estenderá, entretanto, até a data da obtenção da aposentadoria.

A anulação dos atos administrativos, cuja formalização haja repercutido no interesses individuais, deve ser precedida de ampla defesa.

Restando constatado que os impetrantes têm direito à aposentadoria voluntária, com proventos integrais, após 30 anos de serviço, desde que contem com, pelo menos, 20 anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial, nos termos do que dispõe a Lei Complementar n. 51/85 e, em consonância com os dispositivos da Lei Estadual n. 3.150/05 e Lei Complementar n. 114/2005, tem-se que a percepção do abono de permanência é devida aos policiais civis, estando os dispositivos infraconstitucionais em consonância e harmonia com as normas constitucionais.

A Lei Estadual n. 3.150, de 22 de dezembro de 2005, que instituiu o regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul/MSPREV, assegura aos policiais civis, que estão sujeitos à aposentadoria especial e optem por permanecer em atividade, o abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, rejeitar a preliminar e conceder a segurança.

Campo Grande, 13 de abril de 2009.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Milton Watanabe Tocikasu e Edmundo Pereira Calado impetram mandado de segurança contra ato praticado pela Secretária de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na anulação do ato que concedera o pagamento da verba denominada abono de permanência.

Aduzem, em síntese, que são delegados de polícia estadual e que fazem jus ao recebimento do abono de permanência, garantido constitucionalmente – § 19º do art. 40 – e pela Lei n. 3.150/2005, que lhes foi concedido pela Secretaria de Estado de Gestão Pública, por meio de ato publicado no Diário Oficial do Estado n. 6.856, em 28.11.06.

Argumentam que, após a apreciação do processo, submetida à autoridade impetrada, o ato que concedera o abono foi anulado através da Resolução "P" SAD n. 163 e Resolução "P" SAD n. 69, publicadas, respectivamente, em 25.2.08 e 8.2.08, ferindo direito líquido e certo dos impetrantes.

Ressaltam que o desfazimento do ato não precedeu de regular processo administrativo, oportunizando aos impetrantes o exercício da ampla defesa, e violou o art. 40, inciso II, § 19, da Constituição Federal, e o art. 75 da Lei Estadual n. 3.150/2005, ponderando que a fundamentação que embasou o cancelamento do abono de permanência é descabida, pois a Lei Complementar n. 114/2005 disciplina as questões relativas aos servidores públicos estaduais, do quadro de Policiais Civis do Estado de Mato Grosso do Sul e, por conseguinte, as questões atinentes à previdência social são reguladas pela Lei n. 3.150/05.

Asseveram que o ato coator vai de encontro ao princípio da legalidade, moralidade e razoabilidade, e contraria o próprio interesse público, uma vez que o referido abono foi criado justamente para estimular o servidor que fazia jus à aposentadoria a permanecer prestando serviço ao órgão público.

Pugnam pela concessão da medida liminar, a fim de suspender os atos coatores, consubstanciados nas Resoluções "P" SAD n. 163 e 69, garantindo-se aos impetrantes o pagamento do abono de permanência até o julgamento final do *mandamus* e, por derradeiro, pela concessão da segurança, declarando-se o direito à percepção definitiva do benefício pecuniário, tornando nulo o ato coator impugnado.

O Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de litisconsórcio passivo necessário, apresentou as informações de f. 275-302, suscitando preliminar de impossibilidade jurídica do pedido em relação ao impetrante Milton Watanabe Tocikazu, em decorrência de sua aposentadoria, consolidada através do Decreto "P", n. 2.081, de 23.6.2008, alegando a impossibilidade de restabelecer o pagamento de abono de permanência, por ser benefício exclusivo daqueles servidores que se encontram em atividade.

Aduz, em suma, que inexistiu prejuízo aos impetrantes com a anulação do ato que concedera o abono de permanência, em razão da constatação de sua ilegalidade, mormente por deter a Administração o poder de autotutela em relação aos seus atos.

Reforça que o ordenamento previdenciário estadual deve ser interpretado à luz das disposições constitucionais, não podendo ser estendido o abono para outras situações não abrangidas pela Constituição Federal (Emenda Constitucional n. 41/03), aduzindo que o texto contido na última parte do parágrafo 1º do art. 41 da Lei n. 3.150/05 não dá guarida à concessão do abono de permanência para a hipótese de aposentadoria especial do grupo a que pertencem.

Pugna pelo acolhimento da preliminar e pela denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina às f. 403-503, pelo acolhimento da preliminar em relação ao primeiro impetrante e, no mérito, pela denegação da segurança.

## VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Milton Watanabe Tocikasu e Edmundo Pereira Calado, delegados de polícia deste Estado, contra ato praticado pela Secretária de Estado de Administração, consistente na anulação do ato que deferiu a percepção do abono de permanência aos impetrantes, requerido pela via administrativa.

Inicialmente, aprecio a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido em relação ao primeiro impetrante, Milton Watanabe Tocikasu, em razão de sua aposentadoria.

Efetivamente, o impetrante obteve a concessão da aposentadoria voluntária, consolidada através do Decreto "P", n. 2.081, de 23.6.08, publicado no Diário Oficial do Estado n. 7.240, de 26.6.08.

Entretanto constato que o presente *mandamus* foi impetrado no dia 10.4.2008, ou seja, anteriormente ao ato de concessão de sua aposentadoria, sendo certo que o pedido mostra-se juridicamente possível no período compreendido entre a data da impetração da segurança até a implementação de sua aposentadoria, que passou a surtir seus regulares efeitos em 26.6.08.

Sendo o objeto do *mandamus* o restabelecimento do pagamento do abono de permanência, e a anulação do ato administrativo que o considerou ilegal, eventual reconhecimento da nulidade do ato implicará percepção deste benefício até a data da formalização da aposentadoria voluntária do primeiro impetrante.

Destarte, afasto a preliminar suscitada, com a ressalva em relação ao período de abrangência do pretenso direito do impetrante Milton Watanabe Tocikasu.

Restou demonstrado que os impetrantes vinham percebendo o denominado abono de permanência, com fundamento na Emenda Constitucional n. 41/03, e no art. 75 da Lei Previdenciária n. 3.150/05, benefício concedido pela Administração, no intuito de incentivar os servidores a permanecerem no serviço público, ainda que com tempo de serviço suficiente para a obtenção da aposentadoria.

Entretanto a Administração sustenta que promoveu a revisão do ato, por entender não ser devida a referida verba ante a inexistência de previsão legal, havendo sido concedida anteriormente por interpretação extensiva do § 1º do art. 41 da Lei n. 3.150/05, o que não se coaduna com as disposições constitucionais, que estabelecem os requisitos a serem rigorosamente observados.

Tais requisitos se referem ao dispositivo em comento, que se transcreve abaixo:

> Art. 41. O segurado fará jus à aposentadoria voluntária por idade e tempo de contribuição com proventos calculados na forma prevista no art. 76, desde que preencha, cumulativamente, os seguintes requisitos:
>
> I - tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público federal, estadual, distrital e municipal;

> II - tempo mínimo de cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;
>
> III - sessenta anos de idade e trinta e cinco anos de tempo de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta anos de tempo de contribuição, se mulher.

Destarte, embora a Administração afirme que a anulação do ato que concedera o benefício deu-se com base no poder de autotutela que lhe é inerente, ante a ilegalidade do ato que propiciou aos impetrantes a percepção do adicional de permanência, verifico que sua implementação alicerçou-se nos dispositivos legais acima transcritos, sendo necessário analisar se tais normas, efetivamente, são ilegais ou se coadunam com o ordenamento constitucional vigente.

De qualquer modo, entendo que o ato impugnado – que extinguiu o pagamento do abono de permanência – deveria preceder à regular procedimento administrativo, propiciando aos interessados o exercício do contraditório e da ampla defesa, consagrados na Constituição Federal, uma vez que o ato administrativo em questão atinge a esfera patrimonial dos impetrantes.

Todavia, o impetrado, invocando o poder de autotutela administrativa, entendeu ser desnecessário tal procedimento, ante a inexistência de previsão legal para a percepção do benefício pelos impetrantes.

Entretanto, o caso em tela conduz a entendimento diverso, vez que existem limites a serem observados quando do exercício do poder de autotutela pela Administração Pública.

Oportuno transcrever a lição doutrinária de José Carvalho dos Santos Filho[2], ao tratar desse tema:

> Modernamente, no entanto, tem prosperado o pensamento de que, em certas circunstâncias, não pode ser exercida a autotutela de ofício em toda a sua plenitude. A orientação que se vai expandindo encontra inspiração nos modernos instrumentos democráticos e na necessidade de afastamento de algumas condutas autoritárias e ilegais que se valeram, durante determinado período, os órgãos administrativos. Trata-se, no que concerne ao poder administrativo, de severa restrição ao poder de autotutela de seus atos, de que desfruta a Administração Pública. Adota-se tal orientação, por exemplo, em alguns casos de anulação de atos administrativos, quando estiverem em jogo interesses de pessoas, contrários ao desfazimento do ato. Para permitir melhor avaliação da conduta administrativa a ser adotada, tem-se exigido que se confira aos interessados o direito ao contraditório, outorgando-se-lhes o poder de oferecerem as alegações necessárias a fundamentar seu interesse e sua pretensão, no caso o interesse à manutenção do ato.

Alinha-se a este pensamento a balizada doutrina do Direito Administrativo. Veja-se:

> No entanto, vai-se firmando o entendimento de que a anulação do ato administrativo, quando afete interesses ou direitos de terceiros, deve ser precedida do contraditório, por força do artigo 5º, LV, da Constituição. A Lei paulista n. 10.177, de 30.12.98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, prevê o contraditório, com a obrigatoriedade de intimação do interessado para manifestar-se, antes da invalidação do ato (arts. 58, IV e V, e 59, II). 3
>
> O poder-dever de revisão do ato ilegal, tratado inclusive nas célebres Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, há de ser, atualmente, meditado à luz da processualização da atividade administrativa, com seu escude de garantias, tudo como fundado nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. 4

2 **Manual de Direito Administrativo**. 13. ed. p. 127.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17. ed.

4 FERRAZ, Sérgio; DALLARI Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. p. 46

A indispensável garantia do devido processo legal ao indivíduo afetado com a anulação de determinado ato administrativo decorre diretamente de comandos constitucionais, mormente o art. 5º, segundo o qual: *"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."*

Assim, no caso em tela, seria obrigatória a instauração de processo administrativo, visto que os servidores foram afetados com a revisão promovida pela Administração Pública, no qual deveriam, ao menos, ser ouvidos, considerando-se, nas razões da decisão, os argumentos aduzidos na manifestação dos interessados.

Nesse sentido, segue farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> MANDADO DE SEGURANÇA. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO. ILEGALIDADE RECONHECIDA. VIOLAÇÃO DAS SÚMULAS 346 E 473, DO STF.
>
> Na aplicação das Súmulas 346 e 473 do STF, tanto a Suprema Corte, quanto este STJ, tem adotado com cautela, a orientação jurisprudencial inserida nos seus enunciados, formando o entendimento no sentido de que o Poder de a Administração Pública anular ou revogar os seus próprios atos não é tão absoluto, como às vezes se supõe, eis que, em determinadas hipóteses, hão de ser inevitavelmente observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Isso para que não se venha a fomentar a prática de ato arbitrário ou a permitir o desfazimento de situações regularmente constituídas, sem a observância do devido processo legal ou de processo administrativo, quando cabível (RMS n. 10.673, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 23.5.00).
>
> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE ESCOLARIDADE. REDUÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO.FALTA. ILEGALIDADE.
>
> I - Tratando-se de anulação de ato administrativo cuja formalização tenha repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular. (RE n. 158543-9-RJ)
>
> II - Na espécie, o ato de apostilamento que reduziu a gratificação de escolaridade torna imprescindível a instauração do devido processo administrativo, tendo em vista que repercute diretamente no interesse do recorrente.
>
> Recurso ordinário provido. (RMS n. 16.762/PA, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 21.9.06, DJ 16.10.06, p. 384).
>
> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. ANULAÇÃO DE LICITAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A CONCLUSÃO DAS OBRAS PELO PARTICULAR. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. CINCO ANOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.
>
> 1. O princípio da autotutela administrativa aplica-se à Administração Pública, por isso que a possibilidade de revisão de seus atos, seja por vícios de ilegalidade, seja por motivos de conveniência e oportunidade, na forma da Súmula 473, do Eg. STF, que assim dispõe: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." Deveras, a declaração de nulidade do contrato

e eventual fixação de indenização também pressupõem observância ao princípio do contraditório, oportunizando a prévia oitiva do particular tanto no pertinente ao desfazimento do ato administrativo quanto è eventual apuração de montante indenizatório.

O Supremo Tribunal Federal assentou premissa calcada nas cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que a anulação dos atos administrativos cuja formalização haja repercutido no âmbito dos interesses individuais deve ser precedida de ampla defesa (AgRg no REsp n. 342.593, Rel. Min. Maurício Corrêia, DJ de 14.11.02, REsp n. 158.543/RS, DJ 6.10.95.). Em conseqüência, não é absoluto o poder do administrador, conforme insinua a Súmula 473.

O Superior Tribunal de Justiça, versando a mesma questão, tem assentado que à Administração é lícito utilizar de seu poder de autotutela, o que lhe possibilita anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. Na esteira da doutrina clássica e consoante o consoante o art. 54, § 1º, da Lei n 9.784/99, o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos é de 05 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento.

Recurso especial desprovido. (REsp n. 658.130/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 5.9.06, DJ 28.9.06. p. 195).

MANDADO DE SEGURANÇA. REDUÇÃO DO VALOR DE AUXÍLIO INVALIDEZ. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I - Tratando-se de anulação de ato administrativo cuja formalização tenha repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular. (REsp n. 158543-9-RJ).

II - O ato que alterou a fórmula de pagamento do auxílio-invalidez torna imprescindível a instauração do devido processo administrativo, tendo em vista que repercute diretamente no interesse do impetrante. Ordem concedida." (MS n. 11.003/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 9.8.06, DJ 25.9.06, p. 227).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. QUESTÕES REFERENTES À DECADÊNCIA E FALTA DE INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ART. 8º, § 2º, DA LEI N. 9.868/99. SUSPENSÃO. ADIN. EFEITOS EX NUNC. ART. 11 DA LEI N. 9.868/99. REVISÃO UNILATERAL DE ATO ADMINISTRATIVO. PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE.

A revisão de qualquer ato administrativo pela própria Administração, o qual tenha repercussão na esfera individual do administrado, deve ser precedida do prévio processo administrativo, de modo que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 515.696/PE, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ 16.5.05).

Conquanto a Administração Pública, em decorrência do princípio da autotutela, tenha o poder-dever de anular seus próprios atos, quando eivados de ilegalidade, preceito que se encontra sumulado (Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal[5]), há de reconhecer, no caso em comento, a total inobservância ao devido processo legal, já que com a publicação das Resoluções "P" SAD n. 163 e 69, a autoridade impetrada anulou, sumariamente, os atos administrativos anteriormente consolidados e incorporados ao patrimônio dos servidores, sob a alegação de que eram ilegais e não condizentes com as disposições constitucionais, o que também não restou evidenciado no ato impugnado.

5 Súmula 473: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial."

Embora o impetrado assevere que a regulamentação das aposentadorias com critérios diferenciados daqueles estabelecidos no art. 40, § 1º, da Constituição Federal, dependam de leis complementares, e reconheça, também, que à aposentadoria dos integrantes das carreiras da polícia civil aplicam-se as disposições da Lei Complementar Federal n. 51/85, afirma que o abono de permanência não pode ser estendido para outras situações não abrangidas pelo texto constitucional.

Ora, se a Constituição Federal remeteu a referida regulamentação à lei complementar, nos termos do § 4º do art. 40, e a LC n. 51/85 faz expressa menção à contagem do tempo de modo diferenciado para a categoria dos funcionários policiais, na qual se enquadram os policiais civis, estabelecendo o art. 75 da Lei Estadual n. 3.150/05, o direito à percepção do benefício, logo, tem-se que tais normas se estendem aos impetrantes.

Ademais, a Lei Complementar n. 51/85 reconhece a especificidade da função policial que expõe o seu titular a riscos permanentes e, por tal razão, estabelece critérios diferenciados para a aposentadoria.

Destarte, a referida norma foi recepcionada pela Carta Magna, harmonizando-se com o disposto no respectivo § 4º do art. 40. De acordo com Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz[6]:

> A entrada em vigor de uma nova Constituição não implica, necessariamente, a rejeição do sistema infraconstitucional existente, mas apenas das leis e/ou atos normativos que com ela forem incompatíveis.
>
> Subsistem as normas hierarquicamente inferiores que se harmonizam com a nova Lei Fundamental; as demais, perdem automaticamente a sua vigência, por incompatibilidade material ou – formal. Como geralmente se afirma, passam a carecer de fundamento de validade. O fenômeno da recepção, processo legislativo abreviado, implica a absorção, pela nova ordem, das normas inferiores vigentes sob o manto do antigo sistema constitucional, dando-lhe novo fundamento de validade. Procura-se dar continuidade à dinâmica das relações sociais, sem que seja necessária nova atividade legislativa integradora. [...]"

Com efeito, a lei complementar adotou requisitos diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores públicos que exerçam atividades de risco, como é o caso dos policiais civis, que, por essa razão, não se enquadram na norma do § 1º, III, *a*, do art. 40 da Constituição Federal, mas naquela constante do § 4º do art. 40 do mesmo diploma legal.

Ainda que o texto constitucional não tenha mencionado, expressamente, a adoção desses critérios diferenciados para a percepção do abono de permanência, infirmou tal competência à lei complementar, que, por sua vez, reduziu o tempo de contribuição desses servidores para a concessão da aposentadoria, não havendo nenhuma justificativa para retirar dos servidores enquadrados nesta situação especial o direito à percepção do abono de permanência, que deve servir a todos os servidores, indistintamente, de acordo com as particularidades e critérios de aposentadoria a que estão submetidos.

Sobreleva destacar o profícuo entendimento manifestado pela 3ª Seção Cível deste Tribunal, por ocasião do julgamento do mandado de segurança n. 2008.010877-1, da relatoria do Des. Rubens Bergonzi Bossay, que, ao enfrentar esta mesma questão, deixou consignado, *in verbis:*

> Não há falar, ainda, em ofensa à hierarquia das normas, porquanto, conforme destacado pela Procuradora de Justiça, '[...]a interpretação que se deve fazer ao art.40, § 19º, da CF, é a lógico sistemática e extensiva, com o propósito de alcançar o verdadeiro objetivo e a finalidade da norma'.
>
> A aplicação da lei estadual para o presente caso é, portanto, conforme a Constituição, porque o objetivo do legislador constitucional foi a concessão do abono como um prêmio àquele servidor que,

6 *In* **Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção**. p. 55.

mesmo possuindo tempo e condições para aposentar, permanece na ativa, evitando, assim, maiores gastos à Administração com sua substituição.

Por oportuno, destaco a redação dos dispositivos mencionados:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o dispositivo neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17º:

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo serviço no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

[...]

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

[...]

II – que exerçam atividade de risco.

[...]

§19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contida no § 1º, II.

Portanto, constatando-se que os impetrantes têm direito à aposentadoria voluntária, com proventos integrais, após 30 anos de serviço, desde que contem com, pelo menos, 20 anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial, nos termos do que dispõe a Lei Complementar n. 51/85 e, em consonância com os dispositivos da Lei Estadual n. 3.150/05 e Lei Complementar n. 114/2005, tem-se que a percepção do abono de permanência é devida aos policiais civis, estando os dispositivos infraconstitucionais em consonância e harmonia com as normas constitucionais.

Destaco recentes julgamentos desta Corte sobre esta matéria:

MANDADO DE SEGURANÇA – DELEGADO POLÍCIA CIVIL – ABONO DE PERMANÊNCIA – CASSAÇÃO DO ATO DE ANULOU COMANDO ANTERIOR QUE CONCEDIA O BENEFÍCIO – VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. A anulação de ato administrativo que produza efeitos na esfera patrimonial do servidor deve ser precedida de processo administrativo, que assegure a este o contraditório e a ampla defesa. 2. Sendo um incentivo ao servidor que ostenta os requisitos para a aposentação continuar em atividade, não se pode distinguir entre servidores submetidos a regime especial ou comum, especialmente quando a própria lei o autoriza, como no caso dos policiais civis, sob pena de afronta ao princípio da isonomia e ao próprio interesse público." (TJMS, MS n. 2008.005295-5, Capital, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 24.11.08).

MANDADO DE SEGURANÇA – ABONO DE PERMANÊNCIA – ANULAÇÃO – AUTOTUTELA – PRERROGATIVA QUE NÃO É ABSOLUTA – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – DIREITO AO RECEBIMENTO DO ABONO DE PERMANÊNCIA – CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

CIVIS – APOSENTADORIA ESPECIAL – POSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.

É conforme a Constituição Federal a interpretação de que os segurados ativos que tenham completado as exigências para a aposentadoria voluntária especial e que optem por permanecerem em atividade, fazem jus ao abono de permanência previsto no § 19º do art. 40 da CF. A Lei Estadual n. 3.150, de 22 de dezembro de 2005, que instituiu o regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul – MSPREV, assegura aos policiais civis, que estão sujeitos à aposentadoria especial e optem por permanecer em atividade, o abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completarem as exigências para aposentadoria. (TJMS, MS n. 2008.010877-1, Capital, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 21.7.08).

Ante as razões delineadas, conclui-se que, seja por ofensa ao devido processo legal ou em face do direito líquido e certo dos impetrantes ao recebimento do abono de permanência, a ordem deve ser concedida.

Em face do exposto, contra o parecer, concedo a segurança postulada para tornar insubsistente o ato administrativo que extinguiu o pagamento do abono de permanência aos impetrantes, garantindo-lhes, definitivamente, o direito à percepção do referido abono, ressalvando, em relação ao impetrante Milton Watanabe Tocikasu, que os valores a ele devidos deverão incidir da data da impetração do *mandamus* até a publicação do ato de concessão de sua aposentadoria voluntária.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E CONCEDERAM A SEGURANÇA.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Dorival Renato Pavan, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves e Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 13 de abril de 2009.

***

# Agravo Regimental em Agravo n. 2009.001631-6/0001-00- Corumbá
## Segunda Turma Cível
## Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL – ARRENDAMENTO RURAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO – DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA EM AÇÃO DE DESPEJO – INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – RECIBO DE QUITAÇÃO OUTORGADO POR PROCURADOR SEM PODERES ESPECÍFICOS – NULIDADE DO ATO – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – DECISÃO QUE DETERMINOU DESPEJO MANTIDA – REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Não é válido recibo de quitação outorgado por procurador que não possua poderes específicos para tanto, assim é que no presente caso resta evidenciado o inadimplemento contratual.

A obrigação de assegurar que a garantia hipotecária prevista no contrato de arrendamento seja efetivamente prestada é do próprio garantidor.

A falta de pagamento do valor estipulado para o arrendamento, por si só, já é motivo ensejador de despejo, consoante preconiza o art. 32, III, do Decreto n. 59.566/66.

Regimental não provido.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de março de 2009.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

## RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Ricardo de Oliveira Carneiro, inconformado com a decisão monocrática que negou seguimento ao Agravo de Instrumento n. 2009.001631-6, interposto em desfavor de Felipe Espírito Santo Bustorff, apresenta o presente regimental.

Aduz, em síntese, que na decisão que negou seguimento ao agravo a relatora se equivocou, pois houve pagamento do valor integral do arrendamento em questão, realizado ao Sr. Adair Carneiro Neto, procurador legítimo e que recebeu poderes diretamente do agravado.

Alega que a garantia hipotecária foi devidamente prestada no próprio contrato de arrendamento, em que restou consignado que aquele *"instrumento contratual será registrado no cartório de títulos e documentos e averbado na matrícula do imóvel dado em garantia, ficando, nessa hipótese, desnecessária a escrituração acima descrita."*

Pugna pelo conhecimento e provimento do regimental para ser cassada a decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento e, consequentemente, a decisão que deferiu a tutela antecipada nos autos da Ação de Despejo por Falta de Pagamento e Infração Contratual n. 008.08.101807-7, mantendo-o na posse no imóvel arrendado até o julgamento daquela demanda.

## VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Na decisão agravada restou assentado o seguinte:

> [...] *Omissis*
>
> Em que pesem as alegações do agravante, entendo que o agravo não merece seguimento por ser manifestamente improcedente.
>
> Inicialmente, insta salientar que com a documentação trazida com o presente recurso o agravante não logrou êxito em corroborar que o pagamento do arrendamento foi realizado, muito menos em dobro, eis que, como muito bem deduzido na decisão atacada, não restou comprovado o levantamento dos cheques pelo agravado. Pelo contrário, denota-se das cópias acostadas ao feito somente que as lâminas foram devolvidas por ausência de fundos.
>
> Em relação ao suposto pagamento do valor integral, este também está desprovido de respaldo documental, pois foi realizado a procurador aparentemente ilegítimo, Sr. Adair Carneiro Neto, o próprio filho do agravante, que nitidamente apenas recebeu poderes do agravado em relação à Fazenda Boa Vista com o fim de viabilizar o desenvolvimento de suas atividades econômicas, já que pai e filho atuam em parceria no ramo, como depreende-se das fls. 23/32, e até mesmo do contrato de arrendamento em espeque – cláusula 5ª.
>
> A falta de pagamento do valor estipulado para o arrendamento, por si só, já é motivo ensejador de despejo, consoante preconiza o art. 32, III, do Decreto n. 59.566/66 e, nos autos n. 008.08.101807-7, tal alegação foi satisfatoriamente corroborada, sem qualquer desconstituição documental pelo agravante, o que acarreta na sua verossimilhança.
>
> Não fosse por isso, ainda verifica-se que o agravante não providenciou a garantia hipotecária prevista na cláusula 10 do contrato de arrendamento em debate, e, apesar das alegações contidas no agravo, a responsabilidade de constituir a garantia é do arrendatário, conforme restou estabelecido naquele instrumento.
>
> Destarte, verifico que a decisão agravada se encontra correta quanto a restarem verossímeis as alegações iniciais de descumprimento contratual.
>
> No tocante ao perigo de dano irreparável, em que pese não ter sido combatido na peça recursal, também se pronunciou corretamente o Juízo *a quo*, pois, de acordo com a análise dos elementos constantes nos autos até o momento, nenhum valor foi pago ao agravado a título do arrendamento em questão, tampouco há garantia contratual, assim é que atualmente são 18 meses sem perceber qualquer renda ou usufruir de seu imóvel.

Com efeito, a antecipação da tutela deferida na instância ordinária determinou o despejo do agravante do imóvel rural em questão em razão da verossimilhança das alegações do agravado, vez que constatou a presença dos requisitos legais, com base nas normas legais que regulamentam a matéria.

Ademais, é certo que durante a instrução probatória será oportunizado às partes comprovar se o contrato de arrendamento rural celebrado foi ou não devidamente respeitado pelo agravante.

Destarte, a situação descrita na ação originária clama pela providência deferida pelo Juízo *a quo*.

Segundo escólio de Luiz Rodrigues Wambier e outros7, A tutela antecipatória pura é a que protege o direito evidente. Há, assim, o *fumus* (forte, robusto, veemente) e não precisa necessariamente haver o periculum. É o que hoje se prevê no art. 273, II, do CPC, tendo o art. 273, I, cogitado de hipótese que chamaríamos, como dissemos antes, de tutela antecipatória mista: antecipa-se sob o fundamento de *fumus e periculum in mora*.. O mesmo ocorre com os art. 84, § 3º, do CDC, e 41 do CPC. Trata-se de tutela satisfativa no sentido de que o que se concede ao autor liminarmente coincide, em termos práticos e no plano dos fatos (embora reversível e provisoriamente), com o que está sendo pleiteado principaliter. [...] O art. 273, II, consagra hipótese de tutela antecipatória pura: exige-se só o fumus. Na verdade, defesa protelatória ou abuso de direito de defesa nada mais são que circunstâncias que vem a reforçar o fumus: os argumentos do autor são tão sólidos e tão convincente é a prova documental juntada à inicial que a defesa não pode ser senão protelatória ou abusiva. Portanto, tem-se que, tanto com base no n. I quanto com fulcro no n. II, pode a tutela antecipada ser concedida inaudita altera parte." E, mais adiante, dispõe: "O art. 273 é um dos dispositivos que mais se refletiu a intenção do novo legislador no sentido de agilizar os processos, tornando-os mais céleres e mais efetivos. Tanto é que o art. 273, inc. II, permite que se antecipem os efeitos da decisão final independentemente de periculum in mora, consistindo esse fenômeno em algo qualitativamente diferente das medidas de natureza cautelar."

Entendo, pois, que, estando presentes os requisitos ensejadores da antecipação da tutela, impõe-se seu deferimento. Nesse sentido é a lição de Nelson Nery Jr[8], Embora a expressão 'poderá', constante do CPC 273 caput, possa indicar faculdade e discricionariedade do juiz, na verdade constitui obrigação, sendo dever do magistrado conceder a tutela antecipatória, desde que preenchidos os pressupostos legais para tanto, não sendo lícito concedê-la ou negá-la pura e simplesmente.

Nesse sentido é a jurisprudência majoritária dos Tribunais Pátrios:

E M E N T A – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA – CONSIGNAÇÃO DE VALORES – ABSTENÇÃO DO NOME NO ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – MANUTENÇÃO DA POSSE –REQUISITOS AUTORIZADORES PRESENTES – ART. 273 DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Admite-se consignação judicial das parcelas oriundas de contrato de alienação fiduciária, em sede de tutela antecipada, pelo valor calculado pelo autor da ação revisional de contrato. Eventual diferença deve ser apurada no curso da ação principal, não havendo prejuízo ao credor, pois receberá o valor do crédito.

As cláusulas contratuais não são pétreas, admitindo revisão, principalmente nos contratos de adesão, após a vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Pendente ação judicial em que se discute a legalidade de cláusula contratual relativa ao débito, inadmissível o regime do nome dos devedores em órgãos restritivos de crédito.

Em face do depósito judicial das parcelas do contrato de financiamento, e, conseqüente, descaracterização provisória da mora, deve o devedor ser mantido na posse do bem.

7 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Editora RT. p. 348-351.

8 NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.** 7. ed. São Paulo: Editora RT. Em nota 10 ao artigo 273. p. 648.

Presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada como a existência material do contrato pactuado de financiamento que demonstra a prova inequívoca da relação jurídica, verossimilhança consubstanciada no depósito das prestações e o receio de dano irreparável, impõe-se o deferimento da medida antecipatória. (Ag n. 2007.035499-7, TerceiraTurma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 3.3.08).

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO – PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – POSSIBILIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – DESPEJO DETERMINADO LIMINARMENTE – DESCABE EXIGIR-SE CAUÇÃO DO LOCADOR – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, amparada pela doutrina, tem se posicionado no sentido de que, presentes os requisitos autorizadores do art. 273 do CPC, é perfeitamente possível a concessão de tutela antecipada mesma nas ações de despejo, cuja causa de pedir não esteja enumerada no art. 59, § 1º, da Lei n. 8.245/91.

A falta de pagamento dos aluguéis constitui-se em uma das mais graves infrações contratuais, não sendo necessária, portanto, a caução para que seja determinado liminarmente o despejo.

Recurso conhecido e não provido. (Ag n. 2008.021849-8, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 23.09.08).

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS E RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS C/C TUTELA ANTECIPADA – ART. 273 DO CPC – CONCESSÃO DA TUTELA REQUERIDA – PRESSUPOSTOS EXISTENTES – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Presentes os requisitos da aparente viabilidade do direito invocado pelo autor da ação, aliado ao receio de que a demora na entrega da prestação jurisdicional possa tornar ineficaz o resultado, mostra-se aconselhável manter a decisão recorrida, que deferiu a antecipação da tutela pleiteada na inicial da ação revisional. (Ag n. 2008.003697-5, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmollo Leteriello, julgado em 18.3.08).

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC – CONCESSÃO – POSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Se os elementos que autorizaram a concessão da tutela antecipada continuam firmes, não conseguindo a agravante elidi-los ou demonstrar alteração fática que permitisse sua revogação, a mantença da decisão combatida é medida que se impõe.

Recurso conhecido e não provido.(Ag n. 2007.012754-4, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 24.6.08).

Irreparável, assim, a decisão recorrida, que concedeu a tutela antecipada.

Por tais razões, nego seguimento ao agravo.

Com efeito, foi negado seguimento ao agravo de instrumento em razão de se encontrarem presentes os requisitos ensejadores da concessão da tutela antecipada no processo originário, mostrando-se irreparável a decisão proferida pelo juízo *a quo,* nos autos da ação de despejo.

Verifica-se que a empresa agravante não trouxe, na petição do regimental, nenhum argumento que me fizesse rever a opinião dantes externada, pois todas as alegações ora trazidas já foram suficientemente analisadas na decisão monocrática de f. 221-226.

A legitimidade do procurador que recebeu o pagamento, por exemplo, foi afastada em razão de ser filho e parceiro do agravante em suas atividades econômicas, como restou demonstrado no próprio contrato de arrendamento, em sua cláusula 5ª.

Tanto o é que na procuração de f. 173 consta que o agravado outorga ao Sr. Adair Carneiro Neto "*poderes para o fim especial de dar em garantia hipotecária e/ou avalizar, à qualquer instituição financeira, sua parte ideal que possui no imóvel situado neste município e comarca de Corumbá-MS, detalhadamente descrito na averbação 17 na matrícula n. 1.140, do Oficial Registro de Imóveis – 1º Ofício – desta Comarca; podendo para tanto[...].*"

Dessa maneira, fica claro que a procuração outorgada pelo arrendador ao filho do arrendatário objetivava viabilizar a obtenção de empréstimos e outras negociações necessárias ao desenvolvimento das atividades econômicas do bem arrendado, que constituem empreendimentos agropecuários e turísticos, sendo que até foi outorgada outra procuração ao Sr. Adair Carneiro Neto, tendo como outorgante a própria "Boa Vista Empreendimentos Agro Pecuários e Turísticos Ltda. - ME.

Assim, a quitação do arrendamento fornecida pelo filho do agravante a este, claramente sem poderes para tanto, não é válida, devendo ser relembrado que o caso em espeque é de antecipação de tutela, podendo, ainda, o agravante, comprovar durante a instrução processual eventual pagamento que tenha sido realizado.

No tocante à garantia hipotecária, verifico que apesar de constar no contrato de arrendamento a desnecessidade de escrituração, bastando a averbação daquele instrumento na matrícula do imóvel garantidor, o agravante não comprovou que efetivou a dita averbação, ônus que lhe incumbia.

De qualquer forma, consoante já dito na decisão monocrática, o simples inadimplemento do valor estipulado para o arrendamento já constitui causa suficiente a autorizar a desocupação do imóvel, nos termos do art. 32, III, do Decreto n. 59.566/66.

Desse modo, sem mais delongas, nego provimento ao regimental.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 17 de março de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2004.012981-4 - Anaurilândia
## Quinta Turma Cível
## Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO – DOAÇÃO DE IMÓVEL RURAL A UM DOS FILHOS – ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO LAVRADA SEM A OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS – RECURSO PROVIDO.

Se a escritura pública de doação foi lavrada sem a observância dos requisitos contidos no artigo 134 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, restando caracterizada a comprovação da ocorrência de vício a macular o ato, a anulação da doação efetivada deve ser declarada.

## 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. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 12 de março de 2009.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Maria Tereza Dubus Chavier e outro, irresignados com a sentença prolatada pelo Juízo da Comarca de Anaurilândia, que julgou improcedente o pedido formulado na ação de anulação de ato jurídico c/c cancelamento no Registro Imobiliário que moveram em face de Osvaldo Carvalho Dubus, interpõem o presente recurso, visando sua reforma.

Sustentam, em suas razões (f. 276-94), que o ato jurídico em questão, consistente em escritura pública de doação, pela qual sua mãe doou o imóvel rural - Fazenda Santa Luzia - ao apelado, é nulo, nos termos do artigo 145, III e IV, do Código Civil/1916, porque as testemunhas que deveriam presenciar o ato estavam ausentes e, quando foram colhidas suas assinaturas, não lhes foi lida a referida escritura.

Aduzem que, para a assinatura a rogo da doadora, que era analfabeta, o cartorário serviu-se de seu irmão, pois o envolvimento de outra pessoa, por certo traria riscos de a doadora perceber que sua vontade estaria sendo maculada, pois sua vontade sempre foi de doar duas áreas de terras, no mesmo ato, uma para cada filho e não somente a doação efetuada ao apelado.

Alegam que o preço atribuído ao imóvel na escritura de doação foi bem abaixo do que deveria constar, haja vista as avaliações trazidas aos autos, que apresentam valor de quase o dobro do que foi declarado.

Insurgem-se contra a condenação ao pagamento de honorários, fixados em 10% sobre o valor da causa, ao patrono do requerido Dirceu Antonio Forato Junior, excluído do polo passivo da ação, através da decisão de f. 105.

Pedem, ao final, o provimento do recurso para reformar a sentença de primeiro grau, declarando-se a nulidade da escritura pública de doação e o cancelamento no Registro Imobiliário. Postulam, também, o afastamento da condenação ao pagamento dos honorários ao patrono do requerido Dirceu Antonio Forato Junior e a inversão do ônus da sucumbência.

Contrarrazões às f. 299-306, nas quais o apelado pugna pela manutenção da sentença recorrida.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 312-19, opina pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Maria Tereza Dubus Chavier e outro, irresignados com a sentença proferida pelo Juízo da Comarca de Anaurilândia, que julgou improcedente a ação de anulação de ato jurídico que moveram em face de Osvaldo Carvalho Dubus.

Os apelantes-autores, ao ingressarem com a presente ação, aduziram que a escritura pública de doação de f. 14-16 deve ser anulada, visto que não contém a real intenção da outorgante, que seria a de doar, em vida, duas propriedades, uma para cada um dos seus filhos, e que a autora poderia optar por uma delas, tendo escolhido a Fazenda Santa Luzia, de 50 alqueires.

Alegam que o requerido simulou a doação, visto que, efetivamente, realizou a escritura de apenas uma propriedade em seu favor, justamente a Fazenda Santa Luzia, o que não condizia com a vontade da mãe deles.

Afirmam que a escritura de doação não obedeceu às formalidades legais exigidas para sua lavratura, pois que lavrada sem a qualificação completa da doadora, sem a menção de ser ela analfabeta, tendo sido assinada a rogo pelo irmão do tabelião e sem a presença das testemunhas, pleiteando, por isso, a anulação do ato jurídico em que foi beneficiário o requerido e o consequente cancelamento do registro n. 02 da matrícula n. 1.389 do Cartório de Registro Imobiliário da Comarca de Anaurilândia.

A ação proposta pelos apelantes visa à anulação do negócio jurídico que deu origem à escritura pública acostada às f. 14-16, sob o argumento de que houve vício de vontade e erro essencial.

A lei não se satisfaz com uma declaração de vontade qualquer, exige sua consonância com o verdadeiro e íntimo querer do agente, e de sua submissão ao ordenamento jurídico, observando-se que no direito brasileiro existe a predominância da vontade sobre a forma da declaração, na dicção do artigo 85 do Código Civil/1916, *in verbis*: "*Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem*".

Nesse sentido os ensinamentos de Washington de Barros Monteiro:

> [...] ato jurídico é manifestação da vontade tendente a criar, modificar ou extinguir um direito. A vontade é, pois, base e fundamento do ato, sua razão de ser, alma do negócio jurídico.

> Para que este validamente exista, indispensável é a presença do elemento volitivo. Mas ainda, é necessário que esse elemento, além de ter existido, haja fracionado normalmente. Só então o ato produz os efeitos jurídicos almejados pelas partes.
>
> Efetivamente, pode acontecer que a vontade não tenha existido na celebração do negócio jurídico. Tal ausência pode ser fruto das mais diversas circunstâncias, umas transitórias, como a coação absoluta, outras duradouras e permanentes, como a alienação mental. Em ambos os casos, bem como em várias situações análogas, o ato não pode subsistir, porque lhe falta o elemento básico, fundamental, a vontade do agente.
>
> Pode acontecer ainda que a vontade tenha existido; o interessado desejou realmente praticar o ato questionado; mas, sua vontade estava contaminada por algum dos vícios do consentimento, erro ou ignorância, dolo e coação ou violência. Sendo o ato jurídico pura emanação da vontade, efeito em relação à causa, é claro que ele se ressentirá dos mesmos vícios que esta originariamente maculavam. A conseqüência natural será ineficácia do ato eivado por qualquer daqueles vícios.

No presente caso, os apelantes afirmam que a escritura pública padece de validade por estar eivada de vício de vontade, pois a real intenção da outorgante seria a de doar duas propriedades, uma para cada um dos seus filhos.

Entretanto, não se produziu prova para corroborar a assertiva de que teriam direito à "Fazenda Santa Luzia", por ser vontade da doadora, visto que todas as testemunhas foram unânimes em afirmar, que, de fato, a intenção de Clementina era doar um imóvel para seu filho Osvaldo, no presente caso, a "Fazenda Santa Luzia", e outro para sua filha Maria Tereza, denominado "Sítio Arapongas".

À f. 155, informou a testemunha Vilma Stábile: *"... Clementina chegou a dizer à depoente que tinha interesse que um de seus imóveis ficasse para Osvaldo [...]que o imóvel que pretendia ficasse para ele seria aquele situado acima do outro de sua propriedade [...] O outro terreno ela pretendia que ficasse com a filha."*

Às f. 174-75, a testemunha Dirceu Antonio Forato Junior se manifestou:

> [...] Na época dos fatos conversei com a finada Clementina e esta informou que pretendia doar um sítio para seu filho Osvaldo e um sítio para sua filha Maria Teresa. [...] O Sr. Osvaldo falou para mim que havia conversado com a D. Maria Teresa e esta disse que preferia ficar o sítio Arapongas, que tinha benfeitorias e água corrente, ao passo que o Sr. Osvaldo ficaria com o sítio Santa Luzia, que era dez alqueires maior. Tive contato pessoal com a senhora Clementina, ora falecida, que também informou que pretendia doar os imóveis desta forma.
>
> A testemunha Juliano Rizzon Forato (f. 176): *"[...] A finada Clementina pretendia fazer uma doação de um imóvel para o filho Osvaldo e outro para a filha Maria Tereza, mas a escritura de doação do imóvel para o filho Osvaldo estava mais encaminhada."*

Assim, resta devidamente comprovada a vontade da doadora para a prática do ato, de doar uma propriedade para cada filho, sendo certo ter havido um descompasso no cumprimento dessa vontade, por não ter se efetivado a doação do imóvel também à apelante.

Resta saber, se esse descompasso é o suficiente para invalidar a doação efetivada ao apelado, devendo-se perquirir, neste tanto, acerca da prova da ocorrência do vício que teria maculado o ato, o que se faz imprescindível para a anulação.

Alegam os apelantes ter havido erro substancial, que diz respeito à natureza do ato, ou ao objeto principal da declaração, ou algumas das qualidades essenciais a ele, conforme dispõe o art. 87 do Código Civil de 1916, vigente ao tempo da celebração da escritura de doação.

Aduzem ter sido a escritura assinada por testemunhas que não se encontravam presentes; assinada a rogo pelo irmão do tabelião, sem a menção de que a doadora era analfabeta.

O artigo 134 do Código Civil de 1916 dispõe que:

> Art. 134. É, outrossim, da substância do ato a escritura pública:
>
> I - [...]
>
> II – nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a cinquenta mil cruzeiros, excetuado o penhor agrícola.
>
> § 1º A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova, e, além de outros requisitos previstos em lei especial, deve conter:
>
> a) data e lugar de sua realização;
>
> b) reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato;
>
> c) nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do cônjuge e filiação;
>
> d) manifestação da vontade das partes e dos intervenientes;
>
> e) declaração de ter sido lida às partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;
>
> f) assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato.
>
> § Se algum comparecente não puder ou não souber assinar, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.
>
> [...].

Observa-se que, além do fato de o tabelião possuir fé pública, presume-se verdadeiro o conteúdo de escritura pública, desde que lavrada com a observância das formalidades legais.

No entanto, constata-se que a escritura de doação encontra-se eivada de vícios insanáveis, pois que lavrada sem a observância dos requisitos elencados no supracitado artigo.

As testemunhas Carlos Roberto Neto e Arnaldo Severino da Silva, que atestaram haver presenciado o ato de doação, em depoimentos prestados às f. 189 e 204, afirmaram que não compareceram ao ato de lavratura da escritura de doação, tendo ambos assinado posteriormente o documento.

A testemunha Carlos Roberto Neto (f. 189) declarou em depoimento que:

> [...] que foi testemunha da escritura pública discutida nestes autos, a tendo assinado no cartório do distrito do Quebracho, município de Anaurilândia; que assinou a escritura como testemunha sem lê-la ou sem que alguém a tivesse lido; que não sabe o que contém em dita escritura pública; que quando assinou percebeu que a dona Clementina já havia assinado o documento público; que a pessoa conhecida como Taliba também já havia assinado a escritura na qualidade de testemunha; que quando compareceu

> ao cartório o réu Osvaldo e o tabelião Dirceu já encontravam-se no local; que compareceu ao cartório para tratar de assuntos particulares e lá chegando o tabelião pediu para que ele assinasse o documento, apenas dizendo que era uma escritura; que em dita escritura havia doação de Dona Clementina para o réu acerca de uma propriedade rural; que pelo se recorda havia no interior da escritura referência ao nome da autora; que Clementina possuía dois imóveis rurais próximos à Vila Quebracho; que não sabe se Clementina assinou no próprio cartório; [...] que a escritura acima referida cuidava da doação dos dois imóveis rurais da propriedade de Clementina; que no dia dos fatos não esteve em nenhuma destas propriedades; que não estava presente na data dos fatos nenhum parente do tabelião ou qualquer outra pessoa que estivesse acompanhado o mesmo ou o réu; [...] que o tabelião Dirceu informou ao depoente que a escritura se referia a doação dos dois imóveis de Clementina para os autores e para o réu. (Grifei.)

Por sua vez, a testemunha Arnaldo Severino da Silva, cujo depoimento encontra-se à f. 204, declarou o seguinte:

> [...] que não se recorda de ter visto 'Neném Maurício', o requerido, no cartório no dia em que assinou no cartório como testemunha; que nenhuma advertência fora feita ao cartorário pela testemunha. Dada a palavra ao Patrono dos Autores, respondeu: que não leu e nem lhe foi lida a escritura quando assinou como testemunha; que não conheceu a mãe do requerido; Dada a palavra do Ministério Público, respondeu: que o depoente é conhecido pelo apelido de Ataliba; que nenhuma explicação foi dada ao depoente sobre a natureza do ato ou o nome das partes envolvidas. Que provavelmente estava sozinho no cartório com o cartorário. Que Dirceu chamava o depoente para servir de testemunha em diversos documentos. Que o cartorário não explicava ao depoente a natureza dos atos que assinava. Que não tem conhecimento se outras pessoas assinavam como testemunha a pedido de Dirceu. Que assinava apenas para fazer um favor a Dirceu. (Grifei.)

Dessa maneira, restou patente que a forma como o negócio foi conduzido gerou nulidade à doação.

Ora, as testemunhas afirmaram em juízo que compareceram ao tabelionato somente para assinar a escritura, quando as partes não se encontravam presentes; não presenciaram, portanto, a lavratura do ato, tendo assinado o documento posteriormente, não sabendo sequer que se tratava de um documento de doação.

Ademais, tem-se como relevante o fato de a doadora ter manifestado sua vontade sem que no momento estivessem presentes as testemunhas, bem como o não comparecimento de todas as partes ao Cartório para a formalização do negócio diante do tabelião, levando à conclusão de que o ato é nulo e são insanáveis seus vícios.

Confirma essa assertiva o depoimento do próprio irmão do tabelião, Juliano Rizzon Forato (f. 176), que afirma ter comparecido na fazenda do requerido para assinar a escritura, também posteriormente à lavratura do instrumento: *"A assinatura de Clementina foi colhida na fazenda do Sr. Osvaldo. A minha também. Não sei dizer se as assinaturas das testemunhas ocorreram ou não em cartório. O requerente não estava no local no momento da lavratura da escritura."*

O caso dos autos há de ser analisado sob o prisma do art. 82 do Código Civil de 1916, que dispõe: "*a validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)*", conjugado ao art. 145 do mesmo diploma legal que estatui em seus incisos III, IV e V, respectivamente, ser nulo o ato jurídico quando não revestir a forma prescrita em lei, for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade e quando a lei, taxativamente, o declarar nulo ou lhe negar efeito.

Conclui-se, portanto, que aquele instrumento público de doação não se revestiu das formalidades legais, porquanto lavrado sem a observância dos requisitos essenciais previstos nos artigo 134 do Código Civil/1916, ou seja, o ato em que a doadora externou sua vontade não foi presenciado por nenhuma das testemunhas, pois ambas foram unânimes em afirmar que assinaram o documento após ter sido confeccionado, sendo relatado, pela testemunha Arnaldo Severino da Silva, que não sabia, inclusive, a natureza do documento que assinava.

Além do mais, o próprio fato de ter sido o irmão do Tabelião quem assinou a rogo o documento, na fazenda do requerido, sem presenciar também a doação, motivo pelo qual a declaração de nulidade do ato é medida que se impõe.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para declarar a nulidade da escritura pública de doação, lavrada em 7 de maio de 1999, às f. 36-37 do livro n. E-003 do Serviço Notarial e de Registro Civil das Pessoas Naturais do Distrito de Quebracho, Comarca de Anaurilândia, deste Estado, em que figuram como outorgante Clementina Carvalho de Oliveira Dubus e como outorgado Osvaldo Carvalho Dubus. Por conseguinte, determino o cancelamento do registro n. 02 da matrícula n. 1.389 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Anaurilândia.

Determina-se, ainda, que o imóvel seja levado à colação nos autos do inventário dos bens deixados pelo falecimento da doadora para conferência da igualdade das legítimas (art. 1.785 do Código Civil/1916).

Insurgem-se, ainda, os apelantes contra a condenação ao pagamento de honorários advocatícios ao advogado de Dirceu Antonio Forato Junior, fixado em dez por cento sobre o valor da causa.

Dirceu Antonio Forato Junior foi excluído da lide (f. 105), ocasião, em que deveriam ter sido fixados os honorários advocatícios pela magistrada *a quo*. No entanto, a referida decisão foi omissa, tendo transcorrido o prazo recursal sem a apresentação de qualquer insurgência por parte do seu patrono, motivo pelo qual precluiu o direito de postular arbitramento de honorários.

Assim, também, provejo o recurso para afastar a condenação dos apelantes ao pagamento de honorários em benefício do advogado de Dirceu Antonio Forato Junior.

Em razão da sucumbência, condeno o recorrido ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R$ 10.000,00 (dez mil reais), levando em consideração a natureza da causa e o tempo despendido na execução do trabalho, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 12 de março de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2005.001528-8 - Três Lagoas
## Quinta Turma Cível
## Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – ISSQN – FATO GERADOR – LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – RECURSO IMPROVIDO.

O Município competente para a cobrança do ISSQN, à luz do disposto no art. 12 do Decreto-lei n. 406/68, é aquele em cujo território ocorreu o fato gerador, ou seja, onde se deu a efetiva prestação do serviço e não aquele onde se encontra a sede do estabelecimento prestador.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 19 de março de 2009.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Pontual Intermediação e Assessoria de Negócios S/C Ltda., irresignada com a sentença que julgou improcedente o pedido na ação declaratória de inexistência de dívida que ajuizou em face de Município de Três Lagoas, interpõe recurso de apelação.

Sustenta, em suas razões, que a sentença deve ser reformada, visto ter recolhido seus impostos de forma devida e em conformidade com o próprio Código Tributário do Município de Embu (SP) onde está situado seu estabelecimento.

Alega que o recolhimento dos impostos novamente, conforme pretende o Município de Três Lagoas, estará configurando a bitributação, o que não é admitido em nossa legislação.

Afirma que não pode ser compelida a pagar novamente os impostos, pois agiu de acordo com o disposto no Decreto-Lei n. 406/68.

Pede o provimento do apelo, com a consequente reforma da sentença para declarar a inexistência da dívida.

Contrarrazões às f. 98-100.

## VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito com pedido de antecipação de tutela que Pontual Intermediação e Assessoria de Negócio S/C Ltda. moveu em face de Município de Três Lagoas, tendo em vista que o Município-apelado lavrou auto de infração e notificação de lançamento de imposto ISSQN à requerente, por entender ser no Município-apelado o local de prestação de serviços.

Segundo o que consta dos autos, a apelante, com sede na cidade de Embu (SP), prestou serviços à empresa Cargill Agrícola S.A., localizada no Município de Três Lagoas, nos meses de outubro(10) e novembro(11) de 2000; maio (5) e setembro (9) de 2001; fevereiro (2), abril (4), maio (5) e dezembro (12) de 2002, emitindo as respectivas notas fiscais de prestação de serviços e recolheu o imposto (ISSQN) no Município de Embu (SP), no local onde está localizado seu estabelecimento.

Em 28.1.2004, a apelante foi notificada pela apelada para proceder ao recolhimento da importância de R$ 5.217,06 (cinco mil, duzentos e dezessete reais e seis centavos), relativo ao ISSQN pelos serviços prestados nas datas acima, devido ao Município de Três Lagoas.

Por entender que não pode ser compelida a pagar novamente o mesmo imposto, mormente quando o recolheu na forma legal, o autor ajuizou a ação declaratória, requerendo a antecipação da tutela, a fim de determinar ao requerido a não inscrição do seu nome em dívida ativa e, caso já o tenha feito, o seu cancelamento.

A antecipação da tutela requerida foi negada (f. 42-43).

O Município de Três Lagoas apresentou reconvenção pedindo a declaração da existência do débito, a correção monetária e juros.

Em sentença (f. 72-77), o juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido da autora-apelante e procedente à reconvenção, a fim de declarar exigível o crédito tributário, condenando a apelante ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor do crédito tributário, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

O Decreto-Lei n. 406/68, que dispõe sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza em seu artigo 12, revogado pela Lei Complementar n. 116/2003, assim dispunha:

> Art. 12. Considera-se local da prestação do serviço:
>
> a) o do estabelecimento prestador, ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;
>
> b) no caso de construção civil o local onde se efetuar a prestação.

O artigo 3º da Lei Complementar n. 116/2003 dispõe:

> Art. 3o O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local:

De acordo com o supracitado dispositivo, parece que ao apelante caberia razão; no entanto, em reiteradas manifestações, o STJ, com o objetivo de evitar fraudes no recolhimento do tributo, tem decidido, contrariamente à norma do Decreto-Lei n. 406/68, que é competente para a cobrança do tributo, o município onde ocorreu a prestação do serviço, mostrando-se irrelevante o local onde está situado o estabelecimento do prestador.

Isso se deve à autonomia política outorgada pela Constituição Federal aos municípios (artigos 1º e 18), donde não se pode admitir que o serviço prestado dentro do território de um determinado município seja tributado por outro.

Seria o mesmo que se admitir que a lei do município onde se encontra o estabelecimento do prestador do serviço fosse dotada de extraterritorialidade, de modo a que irradiasse efeitos sobre um fato ocorrido no território do município onde foi efetivamente prestado o serviço.

Assim também a doutrina, ao interpretar os dispositivos supracitados, entende que o ISS deve incidir no local onde o serviço foi prestado, por ser ali a fonte do movimento econômico.

A esse respeito cite-se os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao frisar que o Município, *"não é subordinado a quem quer que seja. O fato de integrar o Estado não o coloca em posição inferior, assim como o fato de os Estados integrarem a Federação não os torna subalternos em relação àquela. No âmbito de suas competências, uns e outros são autônomos. Suas posições estão juridicamente definidas no próprio texto constitucional. Daí se segue que nenhuma lei pode amesquinhar-lhes a posição, redefinindo seus poderes, sob pena de ser afrontoso à Carta Básica do País, e, em face disto, nula de pleno direito."*

Por sua vez, o art. 30, inciso III, da Constituição Federal, estabelece que:

> Art. 30. Compete aos Municípios:
>
> I - [...]
>
> II - [...]
>
> III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

Assim, sendo aos Municípios assegurada a autonomia política e sendo o ISS imposto de suas competências (artigo 156, III, CF), lógico concluir que a competência para a cobrança do imposto é a do município onde foi prestado o serviço, não podendo ser tributado por outro onde se localiza o estabelecimento da empresa prestadora do serviço.

Assentados nesse entendimento estão os julgamentos do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS. COBRANÇA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.
>
> 1. O Município competente para cobrar o ISS é o da ocorrência do fato gerador do tributo, ou seja, o local onde os serviços foram prestados.
>
> 2. Precedentes: EREsp n. 130.792/CE, Primeira Seção, Relator para acórdão Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 12.6.00, p. 66, AgRg no AgRg no Ag n. 587.918/RJ; Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zawaschki, DJ de 1º.7.05, p. 373; AgRg no Ag n. 607.881/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 20.6.05, p. 209; AgRg no Ag n. 595.028/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 29.11.04, p. 239.

3. Assentado no acórdão recorrido que os serviços foram prestados me outro município, pelo que foi determinada a este a competência para tributar pelo ISSQN, não cabe ao STJ conhecer do recurso pelas alegações do agravante no sentido de que não ficou provado o lugar de prestação do serviço.

4. [...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS. FATO GERADOR. MUNICÍPIO COMPETENTE PARA RECOLHIMENTO DA EXAÇÃO.

1. As Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ pacificaram o entendimento de que o ISS deve ser recolhido no local da efetiva prestação de serviços, pois é nesse local que se verifica o fato gerador.

2. Agravo regimental improvido.

Destaque-se, ainda, os recentes julgados:

TRIBUTÁRIO. ISS. INCIDÊNCIA. ARRENDAMENTO MERCANTIL. COBRANÇA. ART. 12 DO DECRETO-LEI N. 406/68. MUNICÍPIO DO FATO GERADOR. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

1. O Município competente para a cobrança do ISS, à luz do disposto no art. 12, do Decreto-lei n. 406/68, é aquele em cujo território ocorreu o fato gerador, ou seja, onde se deu a efetiva prestação do serviço e não aquele onde se encontra a sede do estabelecimento prestador.

2. Precedentes: REsp n. 969.109/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 8.10.0, AgRg no AG 516.637/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 1.3.04; REsp n. 431.564/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.9.04; AgRg no REsp n. 334.188/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 23.6.03; REsp n. 130.792/CE, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 12.6.00; REsp n. 115.279/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 1.7.99.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 845.711/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 22.4.08, DJ 29.5.08).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. SÚMULA 284/STF. MÉRITO. ISSQN. ARRENDAMENTO MERCANTIL. ACÓRDÃO ANCORADO EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. ART. 12 DO DECRETO-LEI N. 406/68. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

[...]

4. Mesmo na vigência do art. 12 do Decreto-Lei n. 406/68, revogado pela Lei Complementar n. 116/03, a Municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local da prestação dos serviços, onde efetivamente ocorre o fato gerador do imposto. Precedentes.

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp n. 969.109/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 25.9.2007, DJ 8.10.07, p. 256).

Além disso, o artigo 4º da Lei Complementar n. 116/2003 prevê:

> Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Destarte, o Município de Três Lagoas, local onde se realizou o fato gerador, é o município competente para o recolhimento do ISSQN e não o Município de Embu (SP), local onde se situa o estabelecimento do prestador, sob pena de contrariedade à autonomia política constitucional dos municípios.

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

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 19 de março de 2009.

***

# Apelação Cível n. 2006.019666-0 – Campo Grande
## Quinta Turma Cível
## Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – ILEGITIMIDADE DE PARTE – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRELIMINARES AFASTADAS – PLANO DE SAÚDE – OBESIDADE MÓRBIDA – NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DE ABDOMINOPLASTIA – CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA – EXCESSO DE TECIDO CAUSADO PELO EMAGRECIMENTO – FINS TERAPÊUTICOS – RESPONSABILIDADE DO PLANO DE SAÚDE – RECURSO IMPROVIDO.

O interesse de agir mostra-se presente nos casos em que há a necessidade da prestação jurisdicional para satisfazer ou preservar direito.

Sendo proveniente de relação contratual o vínculo estabelecido entre as partes, não há falar em ilegitimidade passiva do plano de saúde.

O julgamento antecipado da lide não enseja cerceamento de defesa, nos casos em que a matéria for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver a necessidade de produção de provas em audiência.

É dever do plano de saúde custear a cirurgia de abdominoplastia à paciente portadora de obesidade mórbida, por tratar-se de procedimento destinado a fins terapêuticos.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 19 de março de 2009.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

UNIMED de Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, que julgou procedente o pedido formulado por Ester Matilde Oliveira Nunes de Lima e Karina Abussafi de Lima Garcia.

Inicialmente, argui preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir, ilegitimidade passiva e cerceamento de defesa, requerendo a declaração de nulidade da sentença.

No mérito, alega que o procedimento cirúrgico de abdominoplastia não é coberto pelo plano de saúde, por tratar-se de cirurgia estética, não se encontrando previsto no rol dos procedimentos médicos atendidos pelo contrato, os quais observam aqueles definidos pelo Ministério da Saúde.

Invoca o princípio da legalidade e do *pacta sunt servanda* para se eximir do dever de ressarcir as despesas postuladas pelas apeladas, bem como o óbice contido na Lei Federal n. 9.656/98, que veda a cobertura de procedimentos cirúrgicos para fins estéticos, exceto os de mutilação de mama causados pelo tratamento de câncer.

Afirma que o procedimento cirúrgico realizado não teve o condão de restabelecer a saúde física da apelada, mas tão somente de embelezamento, não configurando o dever de ressarcir as apeladas pelos gastos despendidos.

Ao final, requer o acolhimento das preliminares arguidas, para se julgar extinto o processo sem resolução do mérito, ou, em sendo superadas, o conhecimento e provimento do apelo para reformar a sentença.

Intimadas, as apeladas pugnam pela manutenção da sentença proferida pelo juízo *a quo*.

## VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Inicialmente, analiso as preliminares de nulidade da sentença por falta de interesse de agir, ilegitimidade passiva e cerceamento de defesa.

O interesse de agir decorre da necessidade da prestação jurisdicional para ver satisfeito um direito, que, no presente caso, consubstancia-se na restituição das quantias despendidas pelas apeladas em decorrência da realização de procedimento cirúrgico que não foi coberto pelo plano de saúde.

Recusando-se a apelante em reconhecer o direito das apeladas, configurado está o interesse de agir, pois vêm a juízo pleitear tutela jurisdicional a que reputam fazer jus.

Parte ilegítima é aquela que não é autorizada pela ordem jurídica a estar em juízo, o que não se vislumbra no caso em tela, uma vez que se trata de relação contratual existente entre as partes, por força da qual a apelante se comprometeu a prestar assistência médica às apeladas.

Não merece guarida, ainda, a alegação de que houve cerceamento de defesa, em face do julgamento antecipado da lide, uma vez que não se justifica o prosseguimento do feito em que o julgador constata preenchidas as condições necessárias para proferir juízo de valor, reputando suficientes as provas constantes nos autos.

O julgamento antecipado da lide é faculdade atribuída pela lei ao julgador (art. 330, I, CPC), que, ao verificar, nas questões meramente de direito ou, também, fáticas, a presença de provas documentais indispensáveis ao desfecho da lide, poderá julgar de imediato a causa, sem necessidade de produção de outras provas.

Por tais razões, afasto as preliminares arguidas e passo à análise do mérito da causa.

A relação estabelecida entre as partes, mediante contrato de prestação de serviços médico-hospitalares e fornecimento de materiais, é típica de consumo, aplicando-se ao caso as normas atinentes ao Código de Defesa do Consumidor, devendo ser interpretado e flexionado em favor do consumidor.

O princípio do *pacta sunt servanda* encontra-se em declínio, tendo em vista que a visão de igualdade entre as partes encontra-se consolidada tão somente no plano teórico, uma vez que, constatada a desigualdade entre elas, deve imperar o princípio da relatividade dos contratos, possibilitando assim sua mutabilidade perante as esferas judiciais.

Assim, independentemente do rol de doenças cobertas pelo plano de saúde, sua abrangência deve ser flexibilizada para atender a necessidade do usuário.

É inconteste que a apelada Ester Matilde de Oliveira Nunes de Lima padecia de obesidade mórbida, submetendo-se à cirurgia de gastroplastia para a redução do estômago.

Em decorrência da perda significativa de peso, começou a apresentar excesso de pele e gordura, principalmente na região do abdômen, o que veio a dificultar sua locomoção e desenvolvimento das atividades corriqueiras, necessitando submeter-se à cirurgia de abdominoplastia, conforme demonstra laudo médico acostado à f. 65.

Ocorre que a apelante recusou-se a autorizar a realização da cirurgia por não constar no rol de procedimentos abrangidos pelo plano de saúde, conforme se pode verificar pela anotação lançada na guia de solicitação (f. 54).

Como bem frisou o juízo monocrático:

> O excesso de pele no abdômen da autora Ester foi uma consequência direta e natural do seu emagrecimento, decorrente da cirurgia de redução do estômago, de modo que a abdominoplastia para a solução daquele problema consubstanciava-se em uma extensão do tratamento de obesidade mórbida iniciado com a cirurgia para a redução do estômago e, portanto, não havia razão para a ré negar a cobertura àquele procedimento, imprescindível para a continuidade do tratamento da obesidade mórbida até então coberto pela ré.

Assim, no presente caso, a cirurgia de abdominoplastia não se configura como sendo meramente estética, mas sim como necessidade terapêutica.

Nesse sentido é o entendimento deste Tribunal:

> OBRIGAÇÃO DE FAZER – CIRURGIA PLÁSTICA PARA RETIRADA DE EXCESSO DE PELE DECORRENTE DE TRATAMENTO DE OBESIDADE (REDUÇÃO DE ESTÔMAGO) – PROCEDIMENTO COM FIM REPARADOR – COBERTURA DEVIDA.
>
> A cirurgia plástica para retirada de excesso de pele após emagrecimento acentuado decorrente de intervenção cirúrgica para tratamento de obesidade mórbida não tem caráter meramente estético, e sim reparador, pois visa restabelecer o bem físico e psicológico da paciente, e deve ser considerada como extensão da redução de estômago. Assim, como não se trata de cirurgia estética, não está excluída daquelas cobertas pelo plano de saúde.
>
> APELAÇÃO CÍVEL – CERCEAMENTO DE DEFESA – INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PRELIMINARES AFASTADAS – PLANO DE SAÚDE – OBESIDADE MÓRBIDA – TRATAMENTO – CIRURGIA DE REDUÇÃO GÁSTRICA – MATERIAIS UTILIZADOS NA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA – CIRURGIAS PLÁSTICAS REPARADORAS – EXCESSO DE TECIDO CAUSADO PELO EMAGRECIMENTO – FINS TERAPÊUTICOS – RESPONSABILIDADE DO PLANO DE SAÚDE – RECURSO IMPROVIDO.

Constatado pelas provas dos autos que a paciente é portadora de obesidade mórbida, o tratamento deve ser considerado como terapêutico, pois visa a preservar a saúde da pessoa que está bem acima do peso. Assim, não é permitido ao plano de saúde negar o custeio do tratamento, que inclui também as cirurgias plásticas reparadoras, porque não há finalidade estética da paciente.

Reconhecendo-se que referidas despesas devem ser cobertas pelo plano de saúde, a apelante é obrigada a restituir às apeladas os valores despendidos com a realização da cirurgia, nos termos fixados na decisão de primeiro grau.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas 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. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 19 de março de 2009.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

# JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



## Apelação Criminal em Outros Processos n. 2008.022489-3 - Eldorado
## Segunda Turma Criminal
## Relator Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO CRIMINAL EM OUTROS PROCESSOS – CRIANÇA E ADOLESCENTE – PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL – EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO PELO ADVENTO DA MAIORIDADE DO REPRESENTADO – IRRELEVÂNCIA – PROVIMENTO.

A prática de ato infracional deve ser conhecida, processada e decidida, com resolução do mérito, independente da maioridade alcançada pelo representado.

O fato de o agente atingir a maioridade penal no curso do processo não impede a aplicação das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), porquanto o limite etário para sua incidência é de 21 (vinte e um) anos de idade, desde que o ato infracional tenha sido praticado quando ele se sujeitava à legislação menorista.

Apelação Criminal em Outros Processos a que se dá provimento, determinando-se o prosseguimento do feito com resolução do *meritum causae*.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, prover o recurso, unânime e contra o parecer.

Campo Grande, 12 de março de 2009.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

O Ministério Público Estadual interpõe apelação criminal, objetivando a reforma da sentença que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, tendo em vista o fato de o representado Diego Fernando Soares ter alcançado a maioridade.

Aduz que, *"para a aplicação das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente leva-se em consideração apenas* ***a idade do menor ao tempo do fato (ECA, art. 104, parágrafo único)****, sendo irrelevante a circunstância de atingir o adolescente a maioridade civil ou penal durante seu cumprimento"* (f. 29).

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 40-43).

Houve retratação da sentença recorrida (f. 34-35), razão por que o apelado pugnou pelo cumprimento do disposto no art. 198, VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina seja julgada prejudicado recurso (f. 51-55).

## VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual objetivando a reforma da sentença que extinguiu o processo instaurado em face de Diego Fernando Soares, sem resolução de mérito, tendo em vista o fato de este, durante o curso do feito, ter atingido a maioridade.

O recorrido foi representado porque, aos 28 de abril de 2007, por volta das 3 horas, *"subtraiu para si 5 (cinco) caixas de bebida energética Red Bull, 1 (uma) caixa de bebida energética Blue, 5 (cinco) pacotes de salgadinho Agitação, 60 (sessenta) pacotes de chips, e 10 (dez) litros de Uísque de marcas diversas, [...], da Lanchonete Tilla´s, na Avenida Brasil, s/ nº, de propriedade de ALLAN BRUNO FRAGA MACIEL"* (f. 02).

O processo seguiu os trâmites regulares, acabando por ser decretada sua extinção, sem resolução do mérito, sob o fundamento da maioridade alcançada pelo representado.

Não se conformando com tal resultado, o *Parquet* interpôs o presente recurso, cuja devida retratação foi efetuado pelo juízo *a quo*.

Não obstante, em procedimento que só teve o escopo protelatório, uma vez que não busca aclarar qualquer matéria duvidosa, a não ser o fato de retardar o devido provimento jurisdicional, exerceu o apelado o seu direito de fazer subir o feito, para resolução de matéria que não guarda nenhuma divergência séria na doutrina ou na jurisprudência.

Na data do fato, o apelado, nascido aos 7 de agosto de 1989 (f. 11), contava com 17 (dezessete) anos de idade, portanto praticou ato infracional antes de atingir a maioridade.

No entanto, quando da prolação da sentença, em 8 de agosto de 2007, o magistrado constatou que o recorrido já havia completado 18 (dezoito) anos de idade, sendo extinto o processo porque *"atenta aos propósitos de recuperação de valores no (a) representado (a) com a imposição e execução das medidas sócio-educativas, com a superveniência da maioridade penal acabam por exauridos tais propósitos"* (f. 25).

Ocorre que o fato de o recorrido atingir a maioridade não impede a aplicação das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, porquanto o próprio diploma normativo fixou limites etários para sua incidência.

Dispõe expressamente o art. 2º, parágrafo único, do Estatuto que *"nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade"*.

E, conferindo efetividade à disposição supracitada, preceitua o art. 104, do Diploma da Criança e do Adolescente:

> Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.
>
> Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Nessa esteira, forçoso reconhecer a aplicação de medida socioeducativa ao agente infrator que tenha completado maioridade, quando na data que praticou a infração era menor de 18 (dezoito) anos.

Nesse sentido, esclarecedora a lição da doutrina, quando afirma que *"adotou o legislador o critério cronológico absoluto, ou seja, a proteção integral da criança ou adolescente é devida em função de sua faixa etária, pouco importando se, por qualquer motivo, adquiriu a capacidade civil."* [1]

Tal se dá porquanto as medidas aplicáveis pela Lei n. 8.069/90, conforme prevê o art. 100, possuem caráter pedagógico visando fortalecer os vínculos familiares e comunitários e assegurar a proteção integral do adolescente, o que nada mais é que a própria finalidade da lei.

Assim, admissível a análise meritória de representação instaurada em desfavor de menor que atingiu a maioridade no curso do processo.

Sobre o assunto colaciono os seguintes julgados:

> MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA – APLICAÇÃO A PESSOA COM IDADE ENTRE 18 E 21 ANOS – ADMISSIBILIDADE – ATO INFRACIONAL PRATICADO QUANDO AINDA MENOR DE IDADE – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EDUCATIVA E EXECUTÓRIA DA MEDIDA QUE SOMENTE SE OPERA COM OS 21 ANOS COMPLETOS. [2]
>
> Na aplicação de medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, leva-se em consideração a idade do menor ao tempo da prática do fato, sendo irrelevante, para efeito de cumprimento da sanção, a circunstância de o agente atingir a maioridade. [3]
>
> ATO INFRACIONAL DE NATUREZA GRAVE – OCORRÊNCIA – MAGISTRADO QUE DEIXOU DE APLICAR MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA EM RAZÃO DE O MENOR HAVER COMPLETADO DEZOITO ANOS – INADMISSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 2º E SEU PARÁGRAFO ÚNICO, 104, PARÁGRAFO ÚNICO, E 121, § 5º, TODOS DO ECA – INTERNAÇÃO – RECURSO PROVIDO. [4]

Logo, tenho que não há falar em extinção do processo pelo simples fato do alcance da maioridade pelo infrator.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, devendo o juízo de origem prosseguir no feito, apreciando o mérito da representação ofertada em desfavor de Diego Fernando Soares – algo, aliás, já resolvido por meio do juízo de retratação quanto à matéria posta em exame, mas que, infelizmente, é o Poder Judiciário obrigado a rediscutir para satisfação do apelado, mesmo sabendo que a correta, reiterada e cansativa aplicação da lei está a favor do *Parquet* e do juízo retratado.

1 CURY, Garrido e Marçura. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado.** 2 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 20.
2 TJSP, Ap 24.0245-0/0, Rel. Des. Lair Loureiro, apud. CURY, Garrido e Marçura, *Op. cit.* p. 109.
3 STJ, RHC 7.308/98-SP, *idem, ibidem.* p. 93.
4 TJSP, Ap 44.192-0/7, Rel. Luis de Macedo, *idem, ibidem.* p. 93.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

RECURSO PROVIDO, UNÂNIME E CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 12 de março de 2009.

***

## *Habeas Corpus* n. 2009.004353-3 - Campo Grande
## Primeira Turma Criminal
## Relator Des. Carlos Eduardo Contar – Em substituição legal

*HABEAS CORPUS* – PROCESSO PENAL – PRISÃO EM FLAGRANTE – CRIMES DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO E TENTATIVAS DE HOMICÍDIOS QUALIFICADOS – FALTA DE HABILITAÇÃO, DIREÇÃO SOB EFEITO DE ÁLCOOL E ALTA VELOCIDADE – ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA SUSTENTAR A PRISÃO CAUTELAR – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – CONCESSÃO.

Em que pese o absurdo fático relacionado à condução de veículo sem habilitação, sob o efeito de álcool, e em alta velocidade, tais elementos (infelizmente) não são bastantes a sustentar a manutenção da prisão em flagrante, sobretudo quando se trata de crimes de trânsito, cuja classificação é objeto de intensa controvérsia na doutrina e na jurisprudência – ainda que as práticas delitivas imputadas correspondam ao homicídio qualificado e duas tentativas de homicídio, também qualificadas.

Se o paciente ostenta condições pessoais favoráveis, sugerindo que não colocará em risco a ordem pública e a aplicação da lei penal, é de rigor o desfazimento da medida constritiva, em homenagem ao princípio da presunção de inocência.

*Writ* concedido em face da desnecessidade da medida constritiva.

## 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, conceder a ordem.

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator - Em substituição legal

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

A Defensoria Pública ingressa com pedido de *habeas corpus*, com pleito liminar, em favor de Benvindo Teixeira da Silva, sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande.

Relata que o paciente foi preso em flagrante aos 4 de dezembro de 2008, como incurso no art. 121, § 2º, IV (homicídio qualificado pelo uso de recurso que dificultou a defesa da vítima), e art. 121, § 2º, IV, c.c. o

art. 14, II (tentativa de homicídio qualificado pelo uso de recurso que dificultou a defesa da vítima), do Código Penal – por duas vezes – todos em concurso material.

Aduz que, embora o paciente reúna todos os requisitos necessários para responder ao processo em liberdade, a autoridade coatora insiste em mantê-lo preso sem motivação idônea.

Requer a concessão da ordem para que o paciente aguarde solto o deslinde da persecução criminal.

A liminar foi indeferida (f. 42), e a autoridade coatora prestou as informações de estilo (f. 46).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação (f. 88-92).

## VOTO (31.3.2009)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

O paciente Benvindo Teixeira da Silva foi preso em flagrante e denunciado, porque – aos 3 de dezembro de 2008, por volta das 21h15min, na Rua Fraiburgo, em frente ao estabelecimento comercial *JS Móveis Usado,* no Bairro Moreninha, em Campo Grande – conduzia um veículo *VW/Voyage* sem habilitação, alcoolizado e em alta velocidade, quando colidiu com a porta do veículo *GM/D-10*, que no momento era aberta por *Janai Pompeu Silva*, o qual estava com a filha *Marieli dos Santos* no colo, o que ocasionou a morte do primeiro e lesões corporais graves na segunda, sendo que, com o impacto, a porta foi lançada rumo à via pública e atingiu o motociclista *Willian Aparecido da Conceição,* que passava no local e ficou gravemente ferido.

Embora a conduta imputada ao paciente seja grave e tenha repercutido na comunidade local, a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória não encontra respaldo legal, pois vazada nos seguintes termos (f. 40):

> Com efeito, na data dos fatos, o suplicante conduzindo veículo automotor, embriagado, atropelou três vítimas e, com a violência do impacto, a porta da camionete (das vítimas), foi arremessada aproximadamente 15 (quinze) metros de distância; fatos estes que reforçam a necessidade da custódia cautelar do suplicante, para garantir a ordem pública.
>
> É dos autos, também, que o suplicante evadiu do local dos fatos, sem prestar socorro às vítimas, sendo preso logo em seguida, o que demonstra necessária a manutenção do suplicante em cárcere provisório, a fim de se garantir a aplicação da lei penal.

Inicialmente, vale ressaltar que a prisão cautelar jamais pode assumir natureza satisfativa, ou seja, antecipar os efeitos de eventual sentença condenatória, pois vige no Direito pátrio o princípio da presunção de inocência, de sorte que os pressupostos constantes no art. 312 do Código de Processo Penal devem ser rigidamente observados.

Em relação à ordem pública, é assente na doutrina e na jurisprudência "*que a repercussão e o clamor público causado pelo crime, por si só, não constituem fundamentação idônea a justificar a necessidade da prisão cautelar para assegurar a ordem pública.*" [1]

1 STJ, RHC 23.090/SC, Sexta Turma, Rel.ª Des.ª conv.ª Jane Silva, julgado em 25.9.2008.

Assim, os argumentos invocados pela autoridade coatora carecem de higidez jurídica, sobretudo porque – ressalvado meu posicionamento pessoal contrário – cogita-se a hipótese de que o delito seja, ao final, desclassificado para a modalidade culposa, em vista da controvérsia que circunda o tema.

Por outro lado, o fato de o paciente não ter permanecido no local dos fatos logos após o crime não é motivo hábil a justificar a custódia, pois foi rápida e facilmente localizado em sua residência, quando, então, foi preso em flagrante, de sorte que não se vislumbra, nesse particular, intuito de fuga em relação aos atos processuais.

Ademais, o paciente é primário, tem residência fixa e família constituída (f. 33-39), sugerindo que não faz do crime sua atividade habitual, tampouco se furtará à aplicação da lei penal.

Em caso muito semelhante, referente a um rumoroso acidente automobilístico ocorrido no final do ano passado na Av. Luiz Alexandre de Oliveira (Via Parque), nesta capital, decidiu a 2ª Turma Criminal desse Sodalício:

> Ausentes os pressupostos da prisão preventiva, dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal, não há como manter o decreto prisional, mormente quando a decisão indeferitória carece de fundamentação e o paciente possui condições pessoais totalmente favoráveis para responder ao processo em liberdade. Ordem concedida. Liminar ratificada. [2]

Por outro lado, como o próprio nome sugere, a liberdade ora concedida ao paciente é provisória, condicionada à observância das condições dos artigos 327 e 328, ambos do Código de Processo Penal, podendo o benefício ser cassado a qualquer momento em caso de eventual descumprimento.

Ante o exposto, **concedo** a ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de Benvindo Teixeira Da Silva, determinando a expedição do competente alvará de soltura com menção expressa aos compromissos estipulados nos artigos 327 e 328, ambos do Código de Processo Penal.

ADIADO O JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL, APÓS O RELATOR CONCEDER A ORDEM. O 2º VOGAL AGUARDA.

## VOTO (7.4.2009)

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (1º Vogal)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul em favor de Benvindo Teixeira da Silva, objetivando a concessão de liberdade provisória nos Autos n. 001.08.377663-0, em trâmite na Comarca de Campo Grande (MS).

Alega, em síntese, que os fundamentos invocados pela autoridade apontada como coatora para indeferir o pedido não se mostram suficientes para sustentar a custódia, pois apenas apontou a necessidade de garantia da ordem pública para decretar a medida.

O eminente relator está concedendo a ordem.

Pedi vista dos autos para examiná-lo com mais vagar.

2 TJMS, HC 2008.025311-7, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 1°.9.2008.

Sabe-se que, ao analisar o auto de prisão em flagrante, a autoridade judicial deve, nos termos do que disciplina o parágrafo único do art. 310 do CPP, "quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)", conceder ao réu liberdade provisória.

*In casu*, da mesma forma como entendeu o eminente relator, entendo que a liberdade provisória merece ser concedida, mormente se não estão presentes as hipóteses que, em tese, justificariam a segregação cautelar, quais sejam, a garantia da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou para se assegurar a aplicação da lei penal (art. 312 do CPP).

Mister ressaltar que, para a decretação da prisão preventiva, medida extrema somente cabível em casos excepcionais e na presença dos requisitos anteriormente mencionados, a decisão que o fizer deve ser fundamentada, de modo a apontar, no caso concreto, os motivos pelos quais se entende presente qualquer das hipóteses do art. 312 do CPP, e quando se estiver diante de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

No caso em análise, no entanto, verifica-se que a decisão objurgada carece da devida fundamentação, pois deixou de apontar, na hipótese concreta e de acordo com as circunstâncias pessoais do paciente, de que modo estaria comprometendo a ordem pública ou econômica, o bom andamento da instrução criminal ou a certeza da aplicação da lei penal.

A propósito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. RECEPTAÇÃO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. NECESSIDADE DA MEDIDA NÃO DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. Para o indeferimento do pedido de liberdade provisória, é dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não basta a simples consideração acerca da gravidade genérica do delito, sendo indispensável a demonstração objetiva, com base em fatos concretos, da efetiva necessidade da segregação cautelar, evidenciando-se na decisão a real ameaça à ordem pública ou econômica, o risco para a regular instrução criminal ou o perigo de se ver frustrada a aplicação da lei penal. Precedentes. (HC n. 60123/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 12.9.06).

Ora, o paciente é primário (f. 39), tem residência fixa (f. 33), trabalho lícito (f. 35), sendo, portanto, vinculado ao distrito da culpa. Por outro lado, não se verifica que ele possa prejudicar a instrução criminal, nem mesmo a ordem pública.

Desse modo, ausente qualquer das circunstâncias que autorizariam a prisão preventiva, ao menos sob a ótica dada na fundamentação combatida, a concessão de liberdade provisória ao paciente é medida que se impõe, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Pelo exposto, acompanho o relator.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (2º Vogal)

De acordo com o relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 7 de abril de 2009.

***

# *Habeas Corpus* n. 2009.009046-0 - Campo Grande
## Segunda Turma Criminal
## Relator Des. Carlos Eduardo Contar

*HABEAS CORPUS* – PENAL – ABORTO PROVOCADO COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE – PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU VIRTUAL – FALTA DE PREVISÃO LEGAL – AUSÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO – ART. 109 DO CÓDIGO PENAL – PRAZO PRESCRICIONAL QUE SE REGULA PELO MÁXIMO DA PENA EM ABSTRATO – INOCORRÊNCIA – NÃO CONCESSÃO.

O Direito pátrio, adepto da segurança jurídica, não alberga a prescrição antecipada ou virtual, que representaria um pré-julgamento do *meritum causae*, presumindo-se uma pena destituída de provimento jurisdicional condenatório.

Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o prazo prescricional regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada abstratamente ao crime, não havendo falar em extinção da punibilidade se, entre as causas interruptivas, não decorreu o lapso temporal previsto no art. 109 do Código Penal.

*Writ* a que se nega concessão, dada a improcedência da pretensão.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, denegar a ordem, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 18 de maio de 2009.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

O advogado Marcelo Benck Pereira ingressa com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito liminar, em favor de Janete de Souza Albres Torres, sob a alegação de que esta sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara dos Crimes Dolosos contra a Vida e do Tribunal Do Júri da Comarca de Campo Grande.

Relata que a paciente está sendo processada pela prática de aborto ocorrido supostamente aos 21 de fevereiro de 2002, e a denúncia foi recebida somente aos 16 de março de 2009 – mais de 7 (sete) anos depois.

Assim, considerando que o art. 124 (aborto) do Código Penal comina pena abstrata de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção, e que, em caso de eventual condenação, a paciente não ficará sujeita à apenação máxima, requer o reconhecimento da prescrição na modalidade virtual.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 56-57), e a autoridade coatora prestou as informações de estilo às f. 61-62 e 65-66.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação (f. 76-81).

## VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

A paciente Janete de Souza Albres Torres foi denunciada, porque – aos 21 de fevereiro de 2002, por volta das 14h30min, na clínica médica localizada na Rua Dom Aquino, 323, Centro, em Campo Grande – consentiu que terceira pessoa lhe provocasse aborto, mediante a ingestão de quatro comprimidos do medicamento abortivo conhecido por *Cytotec* e posterior curetagem uterina.

O *writ* almeja o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade virtual ou antecipada.

A prescrição é causa de extinção da punibilidade e vem disciplinada de modo exaustivo no Código Penal, de sorte que pode ser reconhecida, apenas, quando presentes todos os requisitos.

Destarte, a chamada prescrição virtual não é aceita no ordenamento pátrio justamente por falta de amparo na lei e, além disso, acarreta grande insegurança jurídica, na medida em que representaria um pré-julgamento do *meritum causae*, aplicando-se uma pena destituída de provimento jurisdicional condenatório.

Nesse sentido, a doutrina, invocando precedente da Corte Suprema, leciona que *"não se admite a prescrição retroativa por antecipação, uma vez que, além de inexistir previsão legal, não pode, antes da sentença condenatória, presumir pena frente às circunstâncias do caso concreto"* [3], e esse entendimento tem sido mantido: *"O instituto da prescrição antecipada não foi aceito na jurisprudência dos tribunais brasileiros."* [4]

Portanto, restaria à paciente a alternativa do art. 109 do Código Penal, que dispõe sobre a prescrição antes de transitar em julgado a sentença, regulando-a pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime.

*In casu*, Janete foi denunciada como incursa no art. 124 (aborto provocado com o consentimento da gestante), do Código Penal, que prevê a pena máxima em abstrato de 3 (três) anos de detenção.

Esse montante de pena, nos termos do art. 109, III, do Código Penal, induz ao prazo prescricional de 8 (oito) anos, lapso temporal ainda não observado entre as causas interruptivas.

Com efeito, o fato consumou-se aos 21 de fevereiro de 2002 e a denúncia foi recebida aos 16 de março de 2009 (f. 51), inaugurando nova contagem, que inclusive já foi suspensa aos 15 de abril de 2009, em virtude de a paciente ter aceitado o benefício da suspensão condicional do processo (f. 63-64).

Ante o exposto, **nego concessão** ao pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de Janete de Souza Albres Torres**.**

3 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Parte geral. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 753.

4 STF, RHC 88.291/GO, Segunda Turma, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, julgado em 5.8.2008.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DENEGARAM A ORDEM, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 18 de maio de 2009.

***

# Apelação Criminal n. 2008.031633-0 - Campo Grande
## Segunda Turma Criminal
## Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO – RECURSO MINISTERIAL – INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – REJEIÇÃO – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE – APRESENTAÇÃO DE RAZÕES RECURSAIS A DESTEMPO – MERA IRREGULARIDADE – PARIDADE DE ARMAS – DECISÃO DOS JURADOS QUE AFRONTA A EVIDÊNCIA DOS AUTOS – POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

O incidente de Uniformização de Jurisprudência não vincula o relator a levar o recurso a outro órgão fracionário, ficando sujeito ao juízo de conveniência e oportunidade inerente às atividades discricionárias. A competência para guardar a aplicação homogênea da lei federal é do STJ e, sendo o entendimento da turma criminal idêntico à jurisprudência sedimentada daquela Corte, não há mostra oportuno remeter o recurso para a Seção de Uniformização de Jurisprudência.

A jurisprudência nacional já firmou entendimento de que a apresentação de razões recursais extemporâneas é mera irregularidade, quando a interposição do recurso ocorreu dentro do prazo legal. Havendo firme posição jurisprudencial e doutrinária sobre este entendimento para a defesa, por se trata de questão formal, deve-se estender para a acusação, tendo em vista o princípio do contraditório, que prega a paridade de armas.

Apesar de hipótese excepcional, é possível a anulação de decisão do Tribunal do Júri, quando contrariar frontalmente a evidência dos autos. Se, excetuando-se a versão do acusado, não existe nenhum elemento dos autos asseverando a tese acolhida pelos jurados e o conjunto probatório amplo conduz para outra direção, a anulação é medida que se impõe.

## 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, rejeitarem a preliminar. No mérito, o recurso foi provido, nos termos do voto do relator, unânime e com o parecer.

Campo Grande, 6 de abril de 2009.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

O Ministério Público Estadual interpõe Apelação Criminal contra a sentença (f. 311-314), que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando o acusado Josenildo Guimarães Fernandes à pena de 1 (um)

ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime previsto no art. 121, § 3º (homicídio culposo), CP, e o absolvendo da prática dos crimes de tentativa de homicídio e de ameaça.

O apelado, em suas Contra-razões Recursais (f. 344-368), em apertada síntese, pugna, em preliminar, pelo não conhecimento do recurso, por intempestividade da apresentação das Razões Recursais, e, no mérito, pelo improvimento do recurso. Pré-questiona, expressamente, o art. 127, § 1º, da CF, os arts. 600 e 601, ambos do CPP, e art. 43, IV, da Lei n. 8.625/93.

Por fim, o apelado suscita incidente de uniformização de jurisprudência, com fulcro no art. 33, I, 'l', da Lei Estadual n. 1.511/94, tendo em vista reiteradas decisões judiciais deste Sodalício em que não se conhece de razões recursais apresentadas pelo Ministério Público fora do prazo legal.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 373-383), em apertada síntese, opina pelo afastamento da preliminar de intempestividade e pelo provimento do recurso ministerial.

## VOTO

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

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, contra a sentença (f. 311-314), que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando o acusado Josenildo Guimarães Fernandes à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime previsto no art. 121, § 3º (homicídio culposo), CP, e o absolvendo da prática dos crimes de tentativa de homicídio e de ameaça.

O *Parquet*, em suas Razões Recursais (f. 318-343), em apertada síntese, sustenta que a decisão dos jurados encontra-se em absoluta desarmonia com a prova coligida, cabendo a nulidade do julgamento, conforme art. 593, III, 'd', CPP.

O apelado, em suas contra-razões recursais (f. 344-368), em apertada síntese, pugna, em preliminar, pelo não-conhecimento do recurso, por intempestividade da apresentação das Razões Recursais, e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 373-383), em apertada síntese, opina pelo afastamento da preliminar de intempestividade e pelo provimento do recurso ministerial.

Consta na denúncia que, no dia 8 de outubro de 2006, por volta das 18 horas, o apelado teria efetuado disparo de arma de fogo contra a vítima *Claudemir Pereira da Silva*, que veio a óbito em virtude do ferimento sofrido. Teria, também, efetuado disparos contra a vítima *Claudinete Pereira da Silva*, irmã de *Claudemir*, não a atingindo devido à fuga que a vítima empreendeu do local. Finalmente, dias depois, teria proferido ameaças de causar mal injusto e grave a Claudinete e Edis Rodrigues de Brito, seu companheiro.

A denúncia capitulou as ações do apelado no art. 121, § 2º, II (motivo fútil) e IV (meio que impossibilitou a defesa da vítima), em relação à vítima Claudemir Pereira da Silva, art. 121, § 2º, II, (motivo fútil) c/c art. 14, II (tentativa), em relação à vítima Claudinete Pereira da Silva, e art. 147 (ameaça) c/c art. 69, (concurso material), em relação às vítimas Claudinete Pereira da Silva e Edis Rodrigues de Brito, todos do Código Penal.

A sentença de pronúncia (f. 200-209) afastou a qualificadora do art. 121, § 2º, IV (meio que impossibilitou a defesa da vítima), do Código Penal. Não houve recurso.

Em Plenário (f. 299-301), o *Parquet* sustentou o pedido de condenação por homicídio simples e de absolvição dos demais crimes. A defesa sustentou a tese principal de homicídio culposo e a tese subsidiária de homicídio privilegiado.

Na votação dos quesitos (f. 307-308), em relação à primeira acusação, o Conselho de sentença reconheceu a autoria (por 5 votos a 2), a materialidade (por 7 votos a 0), e a culpa, na modalidade de imprudência (por 4 votos a 3). Em relação à segunda e à terceira acusação, houve absolvição unânime, conforme pleito acusatório e defensivo.

Por ordem de prejudicialidade, é necessário apreciar a pertinência do Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado pelo apelado. A alegação fundamental é da existência de divergência entre as Turmas Criminais julgadoras deste Sodalício quanto à admissão de recurso do órgão acusador, se as razões recursais forem apresentadas fora do prazo legal.

Inicialmente, há que se consignar que o incidente de Uniformização de Jurisprudência não vincula o julgador a remeter o processo a outro órgão jurisdicional, pois tal incidente está localizado no campo de sua discricionariedade do julgador. Ademais, é certo que a matéria trata de aplicação de lei federal, que tem o Superior Tribunal de Justiça como guardião. Este entendimento já está assentado na jurisprudência, tanto deste Areópago quanto do próprio Superior Tribunal de Justiça: *"A uniformização de jurisprudência não vincula o órgão julgador, por se tratar de questão afeta a juízo de conveniência e oportunidade."*(TJMS, ACr n. 2008.016074-0, Primeira Turma Criminal, Relª. Desª. Marilza Lúcia Fortes, julgado em 29.7.08, DJ 19.8.08).

> INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. SÚMULA 267/STJ. AUSÊNCIA DE ANÁLISE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS. DECISÕES DIVERGENTES ENTRE AS TURMAS. AFETAÇÃO DA MATÉRIA À SEÇÃO COMPETENTE. QUESTÃO SUB JUDICE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REAPRECIAÇÃO INOPORTUNA. PLEITO INDEFERIDO.
>
> 1. Não obstante a função precípua do Superior Tribunal de Justiça de proceder à interpretação uniforme da lei federal, inoportuno remeter incidente de uniformização de jurisprudência à Seção competente, para afetar a reapreciação da matéria pertinente a verbete sumular, se a questão encontra-se em vias de ser definida pelo Supremo Tribunal Federal.
>
> 2. Petição indeferida. (STJ, Pet no HC n. 75287/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 20.5.08, DJ 23.6.08).
>
> Cabe ao Superior Tribunal de Justiça a uniformização da jurisprudência sobre matéria infraconstitucional, nos termos do art. 105, inciso III, da Carta Magna de 1988, sendo certo que ao Ministro Relator compete negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, contrário a súmula do Tribunal, ou quando for evidente a incompetência deste, com esteio no art. 557 do CPC, bem como no art. 34 do Regimento Interno deste Colegiado. (STJ, AgRg no Ag n. 746310/SP, Quinta Turma, Rel.ª Min.ª Jane Silva (Des.ª convocada do TJ/MG), julgado em 8.11.07, DJ 26.11.07).
>
> Ainda que cabível o pedido da parte de uniformização de jurisprudência, o acórdão entendeu que não era conveniente. Esta Corte firmou entendimento que a uniformização de jurisprudência não é um direito subjetivo das partes, mas uma faculdade do magistrado, que deverá analisar a oportunidade e a conveniência. (STJ, REsp n. 634162/SP, Quinta Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, julgado em 6.9.07, DJ 8.10.07).

> A suscitação do incidente de uniformização de jurisprudência em nosso sistema constitui faculdade, não vinculando o juiz, sem embargo do estímulo e do prestígio que se deve dar a esse louvável e belo instituto. (STJ, REsp n. 3835/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 2.10.90, DJ 29.10.90).

Não fosse isso o suficiente, é certo que o entendimento desta relatoria se coaduna com a jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, de que a apelação interposta dentro do prazo recursal, com razões apresentadas fora do prazo, deve ser admitida.

O Supremo Tribunal Federal leciona:

> *HABEAS CORPUS*. APELAÇÃO. TERMO NOS AUTOS. RAZÕES. PRAZO.
>
> A falta de assinatura do termo de apelação pelo representante do Ministério Público não torna imprestável a peça, se da mesma constou a assinatura do escrivão e do juiz, o que lhe emprestou validade e sanou o ato. Ademais, ainda que de irregularidade se tratasse, não conduziria à nulidade do processo.
>
> A apresentação tardia das razões de apelação não é motivo impeditivo para o julgamento do recurso, segundo decorre da regra do art. 600 do Código de Processo Penal.
>
> Habeas corpus indeferido. (STF, HC n. 74508, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 29.4.97, DJ 13.6.97).
>
> Aliás, impende salientar que o Superior Tribunal de Justiça já analisou caso idêntico, oriundo deste Estado, e se posicionou pela admissão das razões recursais apresentadas a destempo:
>
> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. RAZÕES RECURSAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESTEMPO. MERA IRREGULARIDADE.
>
> 1. A apresentação a destempo das razões de apelação do Ministério Público não impedem o conhecimento do recurso de apelo interposto no prazo, consubstanciando-se em mera irregularidade.
>
> 2. Recurso provido para cassar o acórdão recorrido e determinar a análise do mérito da apelação. (STJ, REsp n. 703435/MS, Quinta Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, julgado em 19.5.05, DJ 20.6.05).

Pelos motivos acima expostos, rejeito o incidente de Uniformização de Jurisprudência.

Passando para a análise do recurso, mas ainda sem adentrar ao mérito, é imprescindível analisar a preliminar de intempestividade, na apresentação das razões recursais do órgão acusador, suscitada pelo apelado.

Inicialmente, é interessante destacar que a eventual intempestividade já foi aventada pelo próprio membro do *Parquet*, quando apresentou suas Razões recursais. Na mesma ocasião, defendeu a tese de que se trata de mera irregularidade processual, não ocasionando nulidade, e apresentou justificativa para o atraso.

A combativa defesa do apelado sustenta a preliminar sob o fundamento de que só se admite o seguimento de recurso defensivo desacompanhado de Razões Recursais. Para tanto colaciona ensinamentos jurisprudenciais e doutrinários em que se explica a exclusiva admissão de recursos defensivos desta forma. Afirma, ainda, que a obediência dos prazos processuais é um dever do membro do Ministério Público.

Desde já, deve-se consignar que este Sodalício não é órgão competente para avaliar se o douto Promotor de Justiça está cumprindo adequadamente ou não seu *munus publicum*. Caso a defesa entenda necessário, deve buscar o órgão competente para esta questão.

No mais, conforme argumentos já antecipados na análise da pertinência do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, a insurgência defensiva não merece acolhimento, pois a jurisprudência já firmou entendimento de que a apresentação de razões recursais a destempo não acarreta preclusão da parte, por se tratar de mera irregularidade.

Observa-se que o contraditório é garantia constitucional. Nesta ótica, é imprescindível que se admita, no que couber, a paridade de armas entre as partes. Assim sendo, uma vez firmado o posicionamento de que se trata de mera irregularidade para a defesa, é imperioso aplicá-lo também para a acusação.

A doutrina nacional também é pacífica neste ponto, conforme ensinamento de Edilson Mougenot Bonfim[1]:

> De observar que constitui mera irregularidade o oferecimento das razões fora do prazo legal. Tem-se, dessa forma, que esse prazo é impróprio, não levando à preclusão. Assim, mesmo que intempestivas, as razões recursais não serão desentranhadas dos autos.

Finalmente, nota-se que o art. 576, CPP, veda a possibilidade de desistência do recurso interposto pelo Ministério Público. Admitir a preclusão, para a apresentação das razões recursais, implicaria no reconhecimento, ainda que de forma transversal, da possibilidade de *desistência tácita* do recurso, violando a lógica do sistema.

Diante disso, rejeito a preliminar de intempestividade, na apresentação das razões recursais do órgão acusador.

No tocante ao mérito, o *Parquet* pugna pela anulação do julgamento proferido pelo Conselho de sentença, sustentando que a decisão dos jurados encontra-se em absoluta desarmonia com a prova coligida, cabendo a nulidade do julgamento, conforme art. 593, III, 'd', CPP.

Inicialmente, conforme consignado pelo apelado, em suas Contra-razões Recursais, deve-se destacar que a insurgência ministerial quanto às qualificadoras não deve ser conhecida, pois a prevista no art. 121, § 2º, IV (recurso impossibilitou a defesa da vítima), do CP já foi excluída pela sentença de pronúncia, não havendo interposição de qualquer recurso contra a mesma.

De igual forma, não se concebe o questionamento sobre a qualificadora do art. 121, § 2º, II (motivo fútil), do CP, eis que o próprio representante do *Parquet* sustentou a tese de homicídio simples, em Plenário. Diante da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, admitir a análise das qualificadoras violaria o devido processo legal.

Feitas estas considerações, deve-se analisar o recurso ministerial sob um único aspecto: o elemento subjetivo; já que o Ministério Público sustenta a tese de homicídio doloso e a tese defensiva, acatada pelo Conselho de Sentença, é de homicídio culposo.

Nessa ótica, verifica-se que o recurso ministerial merece acolhimento.

A versão dos fatos apresentada pelo apelado diverge somente em relação a parte dos acontecimentos. Tem-se notícia de que o apelado, acompanhado de sua amásia, chegou à casa de sua sogra e havia uma "roda de tereré" em frente da residência, formada basicamente por cunhados, cunhadas e respectivos companheirosP

1 **Curso de Processo Penal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 674.

Nesse momento, teve início uma discussão entre o apelado e Claudinete (por motivos que não ficaram muito claros) que se desenrolou num entrevero e, ao final, Claudemir (cunhado do apelado) foi baleado no abdômen.

É exatamente neste ponto que as versões destoam, de forma significativa. A acusação sustenta que o acusado se desvencilhou do entrevero, correu até a bolsa de sua companheira, pegou uma pistola (que ela seria obrigada a carregar) e voltou-se para os parentes apontando a arma. Nesta ocasião, a vítima teria tentado apaziguar os ânimos e o acusado, ainda irritado, teria efetuado o disparo.

Já o apelado sustenta que, durante o entrevero, teria notado que uma pessoa de alcunha "Buguinho" estaria levantando a camisa e pretendia sacar uma arma. Diante disso, tentando se apoderar da arma, teria ocorrido o disparo, porque o "Buguinho" estaria com o dedo no gatilho.

Ressalta-se que o caso em questão é extremamente *sui generis*, pois, apesar de o crime ter sido presenciado por diversas pessoas, todas possuíam vínculo sangüíneo ou de afinidade entre si. Logo, a maioria dos depoimentos foi de informantes do juízo, pela impossibilidade de prestar compromisso.

Contudo, tal circunstância, por si só, não inviabiliza a análise das informações trazidas aos autos. Caso assim fosse, a própria lei dispensaria a oitiva de pessoas nesta situação.

É certo que o depoimento prestado por um informante, sem compromisso judicial, deve ser analisado com cuidado, tendo-se em conta todo o conjunto probatório.

É importante que isso seja mencionado, porque, *in casu*, todo o conjunto probatório aponta para o fato de que o apelado teria corrido até a bolsa de sua companheira para pegar a arma utilizada no evento criminoso.

Apontando para a versão do apelado, consta apenas a sua própria declaração e a de sua companheira, em juízo. Isso porque no Inquérito Policial ela assevera a versão de que a arma teria sido retirada da bolsa que carregava.

Chama a atenção o fato de que o depoimento de *Valderez Pereira da Silva*, companheira do apelado, mesmo com a retificação de seu depoimento inquisitorial, acaba por tirar a credibilidade do elemento principal da defesa ao afirmar: "*que não conhece ninguém com o nome de Buguinho, bem como não viu nenhuma pessoa com este apelido no dia dos fatos*" (f. 137).

Destarte, de todas as testemunhas presenciais, a única que apresenta versão favorável ao acusado (por dizer "*que não é verdade que estivesse com a pistola na bolsa, bem como não é verdade que seu marido tenha vindo em sua direção buscar a arma*" – f. 137) é a sua companheira. E nem mesmo ela viu o elemento principal da versão do apelado, qual seja, o personagem "Buguinho".

Chama a atenção, ainda, à circunstância de que diversas pessoas presenciaram os fatos, mas ninguém viu essa pessoa de apelido "Buguinho". Ademais, deve-se frisar que a versão apresentada pelo apelado é de que houve luta corporal pela arma (que teria disparado acidentalmente) com uma pessoa que ninguém mais viu e que, estranhamente, não pode ser localizada.

Em seu depoimento em Plenário (f. 304-306), o apelado afirma que a pessoa de alcunha "Buguinho" seria amiga de seu cunhado Valderi, mas ninguém mais menciona o nome desta pessoa no cenário criminoso. Afirma também que esta pessoa (peça chave, que mais poderia lhe auxiliar) teria se mudado para Ladário, sequer informando qual seria seu primeiro nome.

Salienta-se, que as informações contidas no Laudo de Exame de Corpo de Delito – Exame Necroscópico – denotam que a dinâmica de entrada e saída do projétil no corpo da vítima foi de cima para baixo. Isso porque a ferida de entrada da bala estava localizada "*em região abdominal à esquerda e 4 cm acima da cicatriz umbilical*" (f. 48) e o esquema de lesões existentes na face posterior do corpo (f. 50) indica que o projétil foi localizado na região glútea esquerda.

Tal constatação reforça ainda mais a versão de que o disparo ocorreu de forma frontal, retirando a credibilidade de disparo oriundo de luta corporal, em que seria praticamente impossível a trajetória do projétil ser aquela assinalada no Laudo Pericial.

Assim sendo, não existe nenhum elemento nos autos, exceto a assertiva do acusado e a parte da retificação de sua companheira em juízo, de que o disparo se deu em meio à luta corporal com a pessoa de apelido "Buguinho", tornando inviável a admissão da tese de homicídio causado por imprudência.

Finalmente, um fato singular merece destaque. A tese única da acusação era de homicídio doloso, enquanto que a tese principal da defesa era de homicídio culposo e a subsidiária era de homicídio privilegiado.

Logo, constata-se que nenhuma das teses discutia a autoria, pois era inquestionável, tanto para a acusação e quanto para a defesa, que o acusado efetuou o disparo. Discutia-se somente o elemento subjetivo do agente e as circunstâncias em que se deram os fatos.

Desta forma, causa perplexidade constatar que "*no primeiro quesito relativo à autoria do crime cometido contra a vítima Claudemir Pereira da Silva, os Srs. Jurados votaram sim por 5 (cinco) votos a 2 (dois)*" (f. 312).

Isso porque, verifica-se que, mesmo de forma oblíqua, ao menos dois jurados votara de forma absolutamente contrária à evidência dos autos. Tornando imperiosa a anulação do julgamento.

Finalmente, deve-se esclarecer a total desnecessidade de anulação e submissão do acusado a novo Júri quanto aos crimes do art. 121, § 2º, II, (motivo fútil) c/c art. 14, II (tentativa), em relação à vítima *Claudinete Pereira da Silva*, e art. 147 (ameaça) c/c art. 69, (concurso material), em relação às vítimas *Claudinete Pereira da Silva* e *Edis Rodrigues de Brito*, todos do Código Penal.

Nesse ponto, é importante mencionar o ensinamento de Fernando Capez[2]:

> No caso de condenação por crimes conexos, o tribunal, em grau de recurso, pode anular o julgamento com relação a um, mantendo a decisão no que toca aos outros delitos.

Observa-se que o membro do *Parquet*, em Plenário, pugnou pela absolvição do acusado em relação a esses crimes e não há nenhuma irresignação contra a decisão absolutória. Portanto, se a anulação alcançasse os crimes conexos, a decisão deste órgão julgador seria *extra petita*.

Diante do exposto, acompanhando o parecer, rejeito o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, acerca da admissibilidade de razões recursais ofertadas a destempo, afasto a preliminar de intempestividade e, no mérito, dou provimento ao recurso, para determinar a anulação do julgamento proferido pelo Conselho de Sentença e submissão do acusado a novo julgamento, com fulcro no art. 593, III, 'd', do CPP, somente em relação ao crime previsto no art. 121, *caput*, CP, praticado contra a vítima *Claudemir Pereira da Silva*.

2 **Curso de processo penal.** 15.ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 657.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

PRELIMINAR REJEITADA. NO MÉRITO, O RECURSO FOI PROVIDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME E COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 6 de abril de 2009.

***

# *Habeas Corpus* n. 2009.005065-5 - Campo Grande
## Segunda Turma Criminal
## Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* — ABORTO — CLÍNICA DE PLANEJAMENTO FAMILIAR — IMPETRAÇÃO EM FAVOR DE TODAS AS PESSOAS ATENDIDAS — OBJETIVO DE TRANCAR TODA E QUALQUER PERSECUÇÃO PENAL EM DESFAVOR DOS PACIENTES SOBRE A QUESTÃO — INADMISSIBILIDADE DO *WRIT* PARA TAL FINALIDADE — NÃO CONHECIMENTO.

O *habeas corpus* é garantia constitucional que, excepcionalmente, pode ser utilizada para trancar ação penal ou investigação criminal. Nesta hipótese, deve ser utilizado para obstar a persecução penal sobre determinada pessoa, em relação a fato criminoso específico.

O *writ* que busca a discussão de ato normativo em tese e a inviabilização da persecução penal generalizada sobre determinado assunto não pode ser conhecido, sob pena de o Poder Judiciário criar anistia, às avessas, e salvo-conduto para continuidade da prática.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, não conhecer da ordem, unânime e com o parecer.

Campo Grande, 30 de março de 2009.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetra ordem de habeas corpus, diante de constrangimento ilegal proporcionado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande.

A impetrante, de forma propositada (f. 14), não identifica expressamente quem são as pacientes do *writ*, com a finalidade expressa de prevenir maiores máculas à dignidade humana. Entretanto, fornece um envelope lacrado com a lista de nomes que podem ser considerados pacientes.

Sustenta que o constrangimento ilegal estaria consubstanciado na continuidade de investigações e ações criminais que envolvem as pessoas nominadas na lista, com a finalidade de apuração de eventuais crimes de aborto, praticados em clínica de Planejamento Familiar.

Afirma que esta situação demonstra grave violação aos direitos humanos, sendo isso objeto de discussão, também da 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em dezembro último, na capital federal.

Quanto ao mérito, em apertada síntese, assevera: a inexistência de justa causa, por falta de comprovação mínima da materialidade necessária para a continuidade da *persecutio criminis*; a existência de provas ilícitas (gravação clandestina) e ilícitas, por derivação (prontuários médicos apreendidos com fundamento na gravação); a ocorrência de provas ilegítimas, por serem decorrentes de mandado de busca e apreensão genérico, portanto violadores do devido processo legal. De igual forma, a prova seria ilegítima, porque estaria acobertada pelo sigilo profissional que envolve a relação médico-paciente e foi indevidamente manuseada; a inexistência de nomeação de perito judicial para a verificação dos prontuários médicos apreendidos caracterizaria violação ao devido processo legal; ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, presunção de inocência e inviolabilidade da intimidade das pacientes, por causa da indevida publicidade do objeto das investigações, acarretando nulidade processual absoluta; inconstitucionalidade da conduta tipificada no art. 124 do Código Penal; não recepção do art. 124 do Código Penal, em face das disposições do art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988; ofensa ao direito reprodutivo; tratamento desumano e degradante dispensado às pacientes; falta de justa causa, por ofensa a diversos princípios constitucionais; atipicidade conglobante, decorrente das disposições constitucionais sobre planejamento familiar; a exclusão da culpabilidade ante a desnecessidade de pena.

Requer concessão de medida liminar para obstar a persecução penal que esteja ocorrendo, ou em vias de ocorrer, contra qualquer das pacientes, em decorrência do episódio de eventual consentimento com a prática de abortamento na Clínica de Planejamento Familiar de Campo Grande.

A liminar foi indeferida (f. 387-388).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações cabíveis (f. 391-394) e encaminhou documentos pertinentes (f. 395-410).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 415-426), opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento do *writ*, porque a medida não pode beneficiar pessoas indeterminadas e porque há inadequação da via eleita, e, no mérito, pela denegação da ordem.

## VOTO

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

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública Estadual, diante de constrangimento ilegal proporcionado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande.

A impetrante, de forma propositada (f. 14), não identifica expressamente quem são as pacientes do *writ*, com a finalidade expressa de prevenir maiores máculas à dignidade humana. Entretanto, fornece um envelope lacrado com a lista de nomes que podem ser considerados pacientes.

Inicialmente, merece destaque o profundo trabalho da impetrante trazendo temas deveras debatidos atualmente, nos bancos acadêmicos e nos Tribunais do país, sobre a criminalização da conduta de aborto.

Até mesmo a autoridade apontada como coatora, ao prestar informações, reconhece a intensa discussão existente sobre a forma com que o aborto deve ser tratado pela legislação. Também, esclarece a existência

dentro do próprio Congresso Nacional de dois projetos de lei sobre o tema: um diminui a pena para este crime e outro aumenta-a.

Ocorre, contudo, que o campo de atuação do *habeas corpus* possui limites objetivos e subjetivos bastante restritos. Isso torna inviável a admissão da impetração, visto que se estaria admitindo a concessão de uma ordem com efeitos que extrapolam os limites de uma ordem mandamental, ao proibir a investigação de qualquer fato delituoso ocorrido na famigerada Clínica de Planejamento Familiar, contra qualquer pessoa.

Admitir esta hipótese faria que o Poder Judiciário atuasse como legislador no caso concreto, criando uma espécie de anistia a todos que, potencialmente, possam estar ligados aos eventos aqui debatidos. Criaria, ainda, um salvo-conduto para todos aqueles que pensassem em praticar aborto, pois a análise da norma penal ocorreria eminentemente em tese.

Ademais, ainda que a impetrante tenha colacionado uma lista que contém os nomes das pessoas atendidas pela Clínica de Planejamento Familiar, não se pode afirmar que os pacientes são determinados. O problema está na forma que o pedido foi elaborado.

Observa-se que o pedido não foi feito no sentido de impossibilitar a persecução penal sobre determinadas pessoas, mas sim sobre determinado assunto (a Clínica de Planejamento Familiar), o que é absolutamente inviável.

A legislação positivada deve ser respeitada. É função precípua da Polícia investigar eventual desrespeito a ela. Nesta senda, o Poder Judiciário não pode simplesmente impedir a realização de qualquer forma de investigação, de maneira irrestrita.

Sobre a questão, Guilherme de Souza Nucci[3] destaca a impossibilidade de utilização do *habeas corpus*:

> Excepcionalidade do trancamento: o deferimento de habeas corpus para trancar a ação penal (ou investigação policial) é medida excepcional. Somente deve o juiz ou tribunal conceder a ordem quando manifestamente indevida a investigação ou i ajuizamento da ação. A falta de tipicidade, por exemplo é fonte de trancamento. Verifique-se na jurisprudência: STJ: 'O trancamento de ação penal pela via estreita do habeas corpus é medida de exceção, só admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca e sem a necessidade de valoração probatória, a inexistência de autoria por parte do indiciado ou a atipicidade da conduta' (HC n. 39.231-CF, Quinta Turma, Relª. Desª. Laurita Vaz, julgado em 1.3.05, v.u., DJ 28.3.05, p. 300).
>
> Ademais, mesmo sem adentrar o mérito do writ, merece destaque a informação da autoridade apontada como coatora, de que estão sendo tomados diversos cuidados para que a intimidade das pessoas envolvidas com a clínica seja preservada (f. 392-393):
>
> Assim, repito, a iniciativa de requerer a instauração de inquérito partiu da Promotoria de Justiça, sendo que este juízo, para evitar que todas as mulheres fossem investigadas condicionou as investigações somente nos casos em que houvessem ' fortes indícios', assim entendido as fichas que apresentassem: a) atestado de gravidez, b) exame de ultra-sonografia com feto vivo, c) atestado da psicóloga de que a pessoa estava apta ao procedimento de aborto, d) anotação de pagamento de valores nas fichas incompatíveis com uma simples consulta ginecológica, ainda que a lápis, e) motivos da gravidez (e que não era desejada), f) prescrição de medicamentos abortivos (CITOTEC, etc.), g) introdução do referido medicamento via intra-uterina, h) internação na clínica, mormente à noite, i) curetagem e outros dados relevantes (Grifos do original)

Diante do exposto, acompanhando o parecer, não conheço da impetração.

3 **Código de Processo Penal comentado.** 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 1.029.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

ORDEM NÃO CONHECIDA, UNÂNIME E COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 30 de março de 2009.

***

## Apelação Criminal n. 2009.005489-7 - Cassilândia
## Segunda Turma Criminal
## Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO E LEÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ARTS. 302 E 303 CTB. PRELIMINAR. REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. DESNECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL DA DATA EM QUE A VÍTIMA TEM CIÊNCIA DA AUTORIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, EM RELAÇÃO AO CRIME DO ART. 303, CTB. NULIDADE DA SENTENÇA. MOTIVAÇÃO. DOSIMETRIA DE PENA. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. REJEIÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. ARBITRAMENTO DE QUANTIA PARA REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO E CONTRADITÓRIO. CONCESSÃO *EX OFFICIO*. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO E AMPLA DEFESA. DECISÃO *ULTRA PETITA*. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. COMPROVAÇÃO DE CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. ÔNUS PROBATÓRIO DA DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

O prazo decadencial para o oferecimento de representação do ofendido, nos crimes apurados por ação penal pública condicionada, deve ser contado da data em que a vítima tenha ciência da autoria delitiva. A notificação da autoridade policial, para que a vítima manifeste interesse no oferecimento da representação, é inócua para a contagem de prazo.

Não pode ser apreciada a alegação de nulidade da dosimetria de pena, por falta de fundamentação, quando não foi demonstrado nenhum prejuízo ao réu. Devido à adoção do princípio do prejuízo no sistema processual brasileiro, a fixação da pena no mínimo legal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos obsta a análise de nulidade da dosimetria de pena, aventada pela defesa.

O art. 387, IV, do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.719/08, possibilita a fixação de *quantum* destinado à reparação dos danos causados à vítima, na sentença penal condenatória. Entretanto, é imprescindível o respeito aos princípios da inércia da jurisdição e da ampla defesa. O arbitramento de *quantum* na sentença, sem nenhum pedido ou defesa das partes durante todo o processo, torna a decisão *ultra petita* e deve ser excluído da decisão.

A culpa exclusiva da vítima é causa excludente de culpabilidade. Sua comprovação é ônus da defesa. A acusação tem o dever de comprovar apenas a autoria, a materialidade, o nexo causal e o elemento subjetivo; não podendo se imputar ao órgão ministerial o ônus de demonstrar a inexistência de causa excludente de culpabilidade.

## 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, preliminares parcialmente acolhidas. No mérito, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 27 de abril de 2009.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Gilberto Grando interpõe recurso de Apelação Criminal, contra a sentença (f. 136-143), que o condenou à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicialmente aberto, e de 2 (dois) anos de suspensão do direito de dirigir veículo automotor, pela prática dos crimes previstos no art. 302 (homicídio culposo na direção de veículo automotor) e no art. 303 (lesão corporal culposa na direção de veículo automotor), ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

Houve substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritiva de direitos, consistentes no pagamento de R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) para o Conselho de Segurança Pública de Cassilândia e 900 (novecentas) horas de prestação de serviço comunitário.

Por fim, com fundamento no art. 387, IV, do CPP, a sentença arbitrou o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de ressarcimento de danos morais à vítima sobrevivente, dada à morte de seu filho.

O apelante alega, em suas Razões Recursais (f. 147-164), em apertada síntese, que: 1) Preliminarmente, há nulidade da sentença, pela fixação da reparação de danos sem contraditório, ampla defesa e devido processo legal, e por ausência de motivação da dosimetria de pena; 2) Há nulidade processual pelo não reconhecimento de decadência do direito de representação previsto no art. 303, do CTB; 3) No mérito, deveria ocorrer absolvição, porque o acidente teria ocorrido por culpa exclusiva da vítima e por não existirem provas suficientes para a condenação.

O Ministério Público Estadual, em suas contrarrazões recursais (f. 166-176), pugna pelo improvimento da apelação.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 181-196), opina pelo provimento parcial do Recurso de Apelação, para declarar a nulidade parcial da sentença, no que tange a condenação de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para indenização de danos morais.

## VOTO

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

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Gilberto Grando**,** contra a sentença (f. 136-143), que o condenou à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicialmente aberto, e de 2(dois) anos de suspensão do direito de dirigir veículo automotor, pela prática dos crimes previstos no art. 302 (homicídio culposo na direção de veículo automotor) e no art. 303 (lesão corporal culposa na direção de veículo automotor), ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

Consta na denúncia que, no dia 11 de junho de 2006, por volta de 18h40min, na Rodovia MS 306, Km 5, no trecho entre Cassilândia e Chapadão do Sul, conduzindo um veículo de marca GM, modelo S10, Tornado

D, 4X4, placas HSD-3906, de Chapadão do Sul, o apelante praticou homicídio culposo contra a vítima Diego Barbosa de Queiroz e lesões corporais culposas na vítima Dirlei Batista de Queiroz. A exodial narra que, logo após efetuar uma ultrapassagem, o apelante abalroou as 2 (duas) motocicletas das vítimas, que trafegavam no mesmo sentido e direção que ele.

Por ordem de prejudicialidade, a **preliminar de nulidade processual decorrente da decadência do direito de representação, em relação ao crime previsto no art. 303, do CTB**, deve ser analisada em primeiro lugar.

Para a análise da questão, é fundamental traçar os acontecimentos em ordem cronológica. O acidente entre os veículos ocorreu em **11.6.2006** (f. 2). Na mesma data, o acusado foi interrogado (f. 16), identificado (f. 18-19) e forneceu fotocópia de sua CNH (f. 20).

No dia **17.7.2006**, a vítima Dirlei Batista de Queiroz prestou declarações na Delegacia de Polícia de Cassilândia (f. 35), sem mencionar nada a respeito de representação, nem mesmo implicitamente.

No dia **7.2.2007**, o Delegado de Polícia condutor do Inquérito Policial determinou que o escrivão providenciasse "*eventual termo de representação da vítima DIRLEI*" (f. 57).

No dia **2.4.2007**, o ofendido foi notificado e manifestou, expressamente, sua representação (f. 63).

A sentença afastou a preliminar de decadência do direito de representação, sob o fundamento de que, quando a vítima foi ouvida, não lhe foi esclarecido que o crime era de ação penal pública condicionada e nem quem era o autor do fato.

Este argumento não pode persistir, eis que se observa que o ofendido fora intimado para comparecer à Delegacia (f. 34), para tratar do IP n. 094/06. Se o Boletim de Ocorrência n. 0627/2006 (que deu origem ao Inquérito Policial) denomina o acusado Gilberto Grando como autor do fato (f. 9), é inconcebível que a vítima Dirlei Batista de Queiroz não tenha sido informada de quem se trata.

Isso já era suficiente para desencadear a contagem do prazo decadencial. O fato de a vítima desconhecer que a ação penal é condicionada à representação não obsta o curso do prazo decadencial, porquanto não é dado a ninguém o direito de alegar o desconhecimento da lei em benefício próprio.

O jurista Rogério Greco[4] leciona:

> A decadência é o instituto jurídico mediante o qual a vítima, ou quem tenha qualidade para representá-la, perde o seu direito de queixa ou de representação em virtude do decurso de um certo espaço de tempo.
>
> [...]
>
> No crime de lesão corporal de natureza culposa, cuja ação penal é de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido, o prazo decadencial tem início a partir do momento em que o ofendido toma conhecimento de que foi vítima dessa infração penal"

Guilherme de Souza Nucci[5] complementa:

> "Decadência: trata-se da perda do direito de ação privada ou de representação por não ter sido exercido no prazo legal. Atinge o direito de punir do Estado. [...] O prazo flui da data em que o ofendido ou seu representante souber da autoria do crime, sendo fatal e improrrogável"

4 **Curso de Direito Penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 715.

5 **Código Penal comentado.** 9. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 549.

> Dirimindo qualquer dúvida sobre a contagem do prazo, o mesmo Guilherme de Souza Nucci[6] arremata "marco inicial da decadência: é o dia em que a vítima souber quem é o autor do crime"

Destarte, se há alguma dúvida sobre o conhecimento da vítima de quem seria o autor do fato na data do acidente (11.6.06), não há nenhuma dúvida de seu conhecimento sobre o autor do fato na data em que prestou esclarecimentos à Polícia Civil (17.7.2006). Assim sendo, é esta a data que deve ser tomada como iniciadora da contagem do prazo, e não a data em que foi notificado (2.4.27) (f. 63).

Desta forma, pelo decurso do prazo decadencial, deve ser reconhecida a extinção da punibilidade, relação ao crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (art. 303, do CTB). A jurisprudência é tranquila neste sentido:

> Se não exercido o direito de representação no prazo legal de 06 meses, ocorre a extinção da punibilidade do agente pela decadência.(STJ, RHC n. 11.688/Pam, Rel. Min. Gilson Dipp. Quinta Turma, julgado em 04.12.01. DJ 4.2.02)

Diante do exposto, **a preliminar de nulidade processual deve ser acolhida, para reconhecer a extinção da punibilidade do agente, em relação ao crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (art. 303, CTB), por ocorrência de decadência do direito de representação, conforme art. 103 c/c 107, IV, do CP.**

Quanto à **preliminar de nulidade da sentença, por ausência de motivação na dosimetria de pena**, não merece acolhimento.

Para melhor análise da preliminar, impende destacar a dosimetria de pena efetuada pela sentença:

> Dosimetria da Pena
>
> I. Primeira Fase - Pena Base. Analisam-se as diretrizes do Art. 59 do Código Penal: I. Culpabilidade: o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de grande intensidade. II. Antecedentes: possui bons antecedentes – f. 83. III. Conduta Social: sem elementos. IV. Personalidade: a personalidade do acusado demonstra ser de má índole. V. Motivos do Crime: Não se verifica nos autos elementos que minimizem a conduta ilícita do acusado. VI. Circunstâncias e Conseqüências do Crime: as circunstâncias são as normais para o tipo penal. Quanto às conseqüências do crime, é certo que são as normais a espécie, o medo e a insegurança gerada à população de uma Comarca pacata como esta. VII. Comportamento da Vítima: em nada contribuiu para a prática delitiva.
>
> Diante disso, fixa-se a pena-base no mínimo legal, em 02 anos de detenção para o delito de homicídio culposo, e 06 meses de detenção para o delito de lesão corporal culposa, e suspensão do direito de dirigir veículo auto-motor." (grifos não constam do original)

De fato, causa estranheza a afirmação, quanto à personalidade, de que o acusado teria demonstrado ser de má índole. Isso porque o crime debatido é culposo, cometido por pessoa de 55 anos e que, ao menos pelas informações constantes dos autos, nunca teve antecedente criminal.

Entretanto, o sistema de nulidades do processo penal brasileiro é orientado pelo princípio do *pas de nullité sans grief,* ou seja, não se declara nulidade que não acarrete prejuízo. A justificativa do dispositivo legal é garantir a instrumentalidade do processo, já que não se justificaria a repetição de ato judicial, para alcançar o mesmo resultado prático.

6 **Código de Processo Penal.** 8. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 147.

Dessa forma, não se trata de nulidade por falta de fundamentação, mas de discussão sobre o mérito da fundamentação. Como asseverou o representante ministerial, a pena-base foi fixada no mínimo legal e foi possibilitada a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Portanto, não há nenhum prejuízo ao acusado.

Diante disso, **a preliminar de nulidade da dosimetria, por ausência de fundamentação, deve ser rejeitada.**

**Finalizando a matéria preliminar, o apelante sustenta a nulidade da sentença, pela fixação da reparação de danos sem contraditório, ampla defesa e devido processo legal.**

Inicialmente, cumpre mencionar a nova redação do art. 387, IV, CPP, após a alteração efetuada pela Lei n. 11.719/2008:

> 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;

Verifica-se que a alteração legislativa representou grande inovação no sistema processual brasileiro, eis que, em tese, permitiria a prestação da tutela jurisdicional de forma mais rápida e efetiva. Entretanto, pela falta de legislação expressa sobre o procedimento a ser adotado, a sua aplicação deve ocorrer de acordo com os princípios processuais constitucionais e infraconstitucionais.

O princípio da inércia da jurisdição preceitua que o Poder Judiciário não deve decidir de ofício, salvo em se tratando do poder geral de cautela, que não é o caso. Assim sendo, mesmo que não se exijam formalidades, para que haja fixação de algum *quantum* reparatório é imprescindível que exista um pedido, do Ministério Público ou do ofendido.

Ante a ausência de qualquer pedido neste sentido, a decisão do julgador sobre este aspecto é *ultra petita*, devendo ser reconhecida a nulidade parcial. Ademais, é *conditio sine qua non* o respeito ao princípio da ampla defesa em qualquer procedimento judicial. Isso porque, ainda que exista previsão legal que possibilite a fixação de *quantum* indenizatório mínimo na sentença, não é possível que o acusado seja surpreendido, sem que tenha oportunidade de defesa sobre isso durante todo o trâmite do processo.

Calha à fiveleta o comentário de Guilherme de Souza Nucci[7]:

> Reparação dos danos: sejamos absolutamente realistas, sem nos impressionarmos com a pretensa reforma autêntica do processo no Brasil. Há muito, aguarda-se possa o juiz criminal decidir, de uma vez, não somente o cenário criminal em relação ao réu, mas também a sua dívida civil no tocante à vítima, de modo a poupar outra demanda na esfera cível. O que se faz? Menciona-se que o magistrado pode fixar um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, levando em conta os prejuízos sofridos pela vítima. Ora, para o estabelecimento de um valor mínimo o juiz deverá proporcionar todos os meios de provas admissíveis, em benefício dos envolvidos, mormente do réu. Não pode arcar com qualquer montante se não tiver tido a oportunidade de se defender, produzir prova e demonstrar o que, realmente, seria, em tese, devido. [...]
>
> Procedimento para a fixação da indenização civil: admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver durante a instrução criminal, um 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

7 **Código de Processo Penal Comentado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 691.

> 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 a contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa" (grifo nosso)

Verifica-se que até mesmo o parecer ministerial é no sentido do reconhecimento da nulidade parcial da sentença, neste ponto. Apenas para reforçar, menciona-se que existe ação cível indenizatória (007.06.001644-9) tramitando contra o acusado, exatamente sobre esta questão.

Diante disso, **a preliminar de nulidade parcial da sentença, no ponto que trata do ressarcimento da vítima, deve ser acolhida.**

**No mérito, o apelante sustenta a tese absolutória, porque o acidente teria ocorrido por culpa exclusiva da vítima e por não existirem provas suficientes para a condenação.**

Observa-se que, pelo acolhimento da preliminar que reconhece a extinção da punibilidade do agente por ocorrência de decadência do direito de representação, a análise do mérito recursal deve se ater ao crime de homicídio culposo no trânsito (art. 302, CTB).

Inicialmente, deve-se esclarecer a questão do ônus probatório do processo penal. O art. 156, CPP, incumbe o ônus da prova a quem fizer a alegação. Dessa forma, não é correto afirmar que o ônus da prova no processo criminal é do órgão ministerial apenas. O professor Fernando Capez[8] explica que:

> A prova da alegação (onus probandi) incumbe a quem a fizer (CPP, art. 156, caput, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008). Exemplo: cabe ao Ministério Público provar a existência do fato criminoso, da sua realização pelo acusado e também a prova dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa); em contrapartida, cabe ao acusado provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como as circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais."

Assim, não há nenhuma dúvida quanto à existência do fato criminoso (a morte da vítima *Diego* é incontestável) e da prática do fato pelo acusado (que é confesso no atropelamento), restando apenas a discussão sobre o elemento subjetivo (culpa).

Nesse caso, contata-se que a motocicleta da vítima fora abalroada enquanto trafegava em sua mão de direção, em velocidade condizente com o local, pelo veículo do apelante, que não teria notado a sua presença na pista.

Destaca-se que a maioria da argumentação expendida sobre eventuais irregularidades dos motociclistas não têm o condão de lhes transferir a totalidade da culpa. Explica-se: o fato de a vítima Dirlei não possui CNH, de as vítimas não trajarem jaquetas com faixas refletivas e de trafegarem em paralelo, não faz com que a culpa pelo sinistro lhes seja imputada, de forma automática.

Tais fatos podem, no máximo, acarretar a culpa concorrente, que é importante para o direito civil, mas irrelevante para o direito criminal. A concorrência entre culpas de indivíduos, no âmbito penal, acarreta a punição de ambos e não a absolvição.

O único fato que poderia descaracterizar a culpa do apelante é a circunstância de os faróis das motocicletas estarem ligados ou não. A vítima sobrevivente afirma que os faróis estavam ligados e o apelante afirma que não estavam.

8 **Curso de Processo Penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 333.

Neste caso, ao contrário da afirmação do apelante, não há que se falar em responsabilidade objetiva. A vítima trafegava em sua mão de direção e em velocidade adequada, por se tratar de período noturno, a presunção deve ser de que os faróis estivessem acesos, e não o contrário. Destarte, era a função de a defesa demonstrar que os faróis estavam apagados, por se tratar de excludente de culpabilidade.

Infelizmente, não há depoimento de nenhuma testemunha presencial nos autos; a única pessoa que pode sustentar a afirmação de que os faróis estavam apagados é o próprio acusado, cujas declarações são diametralmente opostas às da vítima sobrevivente, neste particular.

Analisando a conduta de lesão corporal culposa causada por acidente de trânsito, Fernando Capez[9] ensina que:

> Podemos definir o crime culposo como a conduta humana voluntária que provoca de forma não intencional um resultado típico e antijurídico, que era previsível e que poderia ter sido evitado se o agente não tivesse agido com imprudência, negligência ou imperícia.
>
> Veja-se que a caracterização da culpa nos delitos de trânsito provém, inicialmente, do desrespeito às normas disciplinares contidas no próprio Código de Trânsito (...) A ultrapassagem, por exemplo, se feita em local permitido, não configura infração administrativa, mas, se for efetuada sem a necessária atenção, pode dar causa a acidente e implicar crime culposo.
>
> A existência de culpa exclusiva da vítima afasta a responsabilização do condutor, pois, se ela foi exclusiva de um, é porque não houve culpa alguma do outro; [...] No entanto, no caso de culpa recíproca, o motorista responde pelo delito, já que as culpas não se compensam.

Desta forma, verifica-se que o órgão ministerial cumpriu de forma suficiente seu ônus probatório e a condenação deve persistir, **rejeitando-se a tese absolutória.**

**DOSIMETRIA DE PENA:**

Com o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente, em relação ao crime do art. 303, do CTB, as **penas restam definitivas em 2 (dois) anos de detenção e 2 (dois) anos de suspensão de dirigir veículos**, em relação à prática do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 303, CTB).

**SUBSTITUIÇÃO DE PENA:**

Com a redução quantitativa de 1/5 (um quinto) da prisão corporal (redução de 6 meses da condenação original de 2 anos e 6 meses de detenção), em respeito ao princípio da proporcionalidade, as penas restritivas de direitos devem ser reduzidas no mesmo patamar. Portanto, totalizam **R$ 6.000,00 em favor do Conselho de Segurança Pública de Cassilândia e 720 de prestação de serviço comunitário.**

**DISPOSITIVO:**

Diante do exposto, acompanhando parcialmente o parecer, **dou parcial provimento ao recurso**, para reconhecer a extinção de punibilidade do agente, em relação ao crime previsto no art. 303, CTB, por decadência do direito de representação, e reconhecer a nulidade da sentença, na parte que trata do ressarcimento da vítima, por ofensa aos princípios da inércia da jurisdição e da ampla defesa.

9 **Curso de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva. 2006, p. 283-284. v. 4.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

PRELIMINARES PARCIALMENTE ACOLHIDAS. NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 27 de abril de 2009.

***

## Apelação Criminal n. 2008.037518-3 - Cassilândia
## Primeira Turma Criminal
## Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO – FALSIDADE IDEOLÓGICA – ALEGADA FRAGILIDADE DAS PROVAS – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – CONDENAÇÃO MANTIDA – AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE PEDIDO E INOBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – ALEGAÇÃO DE DUPLICIDADE DA CONDENAÇÃO NA SUBSTITUIÇÃO DA PENA – NÃO CARACTERIZADO – ALEGAÇÃO DE QUE O RÉU NÃO SUPORTARÁ O PAGAMENTO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA ALTERNATIVA – POSSIBILIDADE DE PARCELAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há falar em absolvição, se ficou evidente no conjunto probatório que o agente praticou os crimes de falsidade ideológica e formação de quadrilha ou bando.

Para haver condenação à indenização, é necessário que haja pedido da vítima ou do Ministério Público, porém, em nenhum momento nos autos houve tal pedido nem instrução específica, não tendo sido oportunizadas, ao apelante, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, fica aquela, portanto, afastada.

O Código Penal autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, nos moldes do art. 44, § 2º, desse modo não há duplicidade.

Se a prestação pecuniária estabelecida na sentença como alternativa à pena privativa de liberdade não se mostrou exacerbada e existe a possibilidade de parcelamento do montante fixado na execução, confirma-se a sanção substitutiva.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar parcial provimento ao recurso, unânime, contra o parecer.

Campo Grande, 2 de junho de 2009.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de apelação criminal interposta por Neimax Pereira, contra a sentença que o condenou à pena de 2 anos e 9 meses de reclusão, mais 20 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo, a ser cumprida em

regime aberto, pelos crimes de formação de quadrilha e falsidade ideológica, previsto nos artigos 288 e 299, ambos do Código Penal. Sendo a pena de reclusão substituída por duas restritivas de direito, consistentes em 1000h de prestação de serviço à comunidade e na prestação pecuniária no valor de R$ 5.000,00 em favor do Conselho de Segurança Pública de Cassilândia. E, ainda, foi condenado a pagar uma indenização no valor mínimo de R$ 1.000,00 em favor da vítima.

O apelante pleiteia que seja reformada a sentença condenatória, sob alegação de que o conjunto probatório é frágil para embasar sua condenação, e nega a prática dos ilícitos penais.

Outrossim, insurge-se contra o pagamento da indenização em favor da vítima, pois alega que constitui condenação *extra petita*.

Alega, ainda, que na substituição da pena privativa de liberdade houve duplicidade de condenação. Por fim, alega que as quantias aplicadas a título de indenização e prestação pecuniária foram exacerbadas.

Contrarrazões às f. 80-97, pela manutenção do *decisum*.

## VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Consta na denúncia que, no final do ano de 2007, Neimax Pereira praticou crime de falsidade ideológica e formação de quadrilha ao providenciar para a vítima Marcos Carvalho Zanon a renovação de sua Carteira Nacional de Habilitação, na cidade de Ferraz de Vasconcelos – SP, sem que ele precisasse se submeter a qualquer exame ou comparecer naquela cidade, documento este manifestamente falso.

Revelam os autos que o réu associou-se à quadrilha especializada, formada por proprietários de autoescolas, despachantes, servidores do CIRETRAN-SP, dentre outros profissionais, para que pudessem expedir fraudulentamente as CNHs.

O recurso visa à absolvição, sob o argumento de que o conjunto probatório é frágil para embasar sua condenação, e nega a prática dos crimes. Outrossim, alternativamente, insurge-se contra o pagamento da indenização em favor de Marcos Carvalho Zanon, pois alega que constitui condenação *extra petita*. Alega, ainda, que, na substituição da pena privativa de liberdade, teria ocorrido duplicidade de condenação. Por fim, menciona não ter condições de pagar o valor estabelecido a título de indenização e na prestação pecuniária, por ser exacerbado.

Passo à análise do recurso.

O pedido de absolvição não merece prosperar, uma vez que a materialidade e a autoria delitiva encontram-se devidamente comprovadas pela transcrição dos áudios na denúncia (f. 1 a 1-E), pela apreensão da Carteira Nacional de Habilitação de Marcos Carvalho Zanon (f. 6) e pelos apensos I e II, que contêm cópia do procedimento de interceptação das comunicações telefônicas e cópia da denúncia do esquema de obtenção de CNH mediante fraude em Ferraz Vasconcelos-SP.

Na denúncia consta que o apelante se identificava como "Júnior" durante as ligações que eram feitas para Gregório, despachante em Ferraz Vasconcelos/SP.

Porém, o apelante afirma que Júnior seria outra pessoa, um rapaz que vinha em Cassilândia toda semana pegar serviços, inclusive, disse o acusado que o serviço referente à CNH da vítima foi entregue a esse Júnior. Tal argumento não merece acolhimento.

A participação do recorrente ficou comprovada, já que por diversas vezes ligou para o despachante Gregório, que era o intermediário entre as demais pessoas responsáveis pela falsificação das CNHs dentro do CIRETRAN de Ferraz Vasconcelos/SP e que Júnior era nome usado pelo acusado para fazer as ligações.

Em juízo, o apelante (f. 50-51) disse:

*0*Apesar de negar a prática dos delitos, as provas documentais e testemunhais comprovam sua autoria.

Verifica-se, pelas transcrições extraídas da escuta telefônica, que uma das pessoas interessadas em adquirir a CNH fraudada cita o nome do réu, *in vebis:*

> Gregório diz à Ediléia que não pode falar "aquelas coisas" naquele telefone. Ediléia diz que ficará em são paulo até fim de 2008, e diz que necessita de CNH pois prestará concurso para Delegada de Polícia, e a carteira de habilitação é exigida; diz também que estuda no Damásio, cursinho preparatório para concursos públicos. Gregório diz que a CNH categoria "AB" custará R$ 1.500,00. Ediléia demonstra receio e Gregório diz que se ela estiver com medo é melhor desistir. Ediléia diz que Neimax elogiou Gregório, dizendo que exerce "pra caramba" esta "atividade".[...]. (f. 1-B) (grifo nosso).

> Nessa transcrição, Junior de Cassilândia liga para Gregório: "Junior de Cassilândia quer saber sobre a carteira de Marcos Carvalho Zanon e Gregório pede mais um tempinho pois ela já está na "boca da botija".(f. 1 – C) (grifo nosso).

Outra ligação interceptada de Junior para Gregório, que diz:

> No dia 17Out07, às 08h34min.,Júnior de Cassilândia/MS (67-8148-7754) liga para Gregório e explica que um cliente, teve a CNH(permissão) "feita" por Gregório há aproximadamente três meses, foi multado há trinta dias pela PRF, por estar transportando passageiros na carroceria de uma caminhonete, e quer que seja zerada a pontuação. Gregório passa o preço de R$ 700,00. (f. 42-43 – Anexo I) (grifo nosso).

> O réu Neimax identificava-se como Junior, assim Junior e Neimax são mesma pessoa, já que a linha interceptada é do apelante, fato confirmado por ele próprio em juízo, in verbis ; "JUIZ: O senhor pode esclarecer o número do seu celular? INETERROGANDO: 8148-7754 JUIZ: O senhor usa algum outro? Usou outro nos últimos dois anos? Não. Não. [...]". (f. 52) (grifo nosso).

Dessa forma, o conjunto probatório se mostra seguro, portanto, não há falar em absolvição.

Quanto à alegação de ser *extra petita* a indenização fixada na sentença em favor da vítima, merece acolhimento. O art. 387, IV, do CP (conforme redação trazida pela Lei n. 11.719/08) determina:

> 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."

Entretanto, para haver tal condenação, é necessário pedido da vítima ou do Ministério Público, porém, em nenhum momento nos autos houve tal pedido nem instrução específica, não tendo sido oportunizadas ao apelante as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte:

> E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA – CRIME CONSUMADO – AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO CONCURSO DE PESSOAS – PESSOA NÃO IDENTIFICADA – IRRELEVÂNCIA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – XACERBADA – AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE PEDIDO E INOBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> [...]
>
> Para haver condenação à indenização, é necessário que haja pedido da vítima ou do Ministério Público, sendo que, em nenhum momento nos autos, houve tal pedido nem instrução específica, não tendo sido oportunizadas ao apelante, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, fica, portanto, afastada. (AC n. 2008.034740-7/0000-00, Corumbá, Relª. Desª. Marilza Lúcia Fortes, julgado em 17.2.09).

Portanto, afasto a condenação ao pagamento da indenização de R$ 1.000,00 (mil reais) à vítima.

Já quanto ao questionamento de que houve duplicidade de condenação na substituição da pena, melhor sorte não lhe assiste.

O magistrado acertou ao fazer a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito consistente em prestação pecuniária no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) em favor do Conselho de Segurança de Cassilândia e em 1000 horas de serviço à comunidade, a ser estabelecido em audiência admonitória, conforme estabelece o art. 44, § 2º, do CP.

Quanto à impossibilidade do pagamento da pena pecuniária, devido a sua situação financeira, anoto que existe a possibilidade de o réu, quando da execução da pena, pleitear o parcelamento da quantia fixada, a qual não se revelou exorbitante, motivo pelo qual confirmo o *quantum* aplicado.

Não faz jus, portanto, à diminuição do valor da prestação pecuniária.

Em face do exposto, contra o parecer, dou provimento parcial ao recurso, tão somente para afastar a condenação ao pagamento da indenização de R$ 1.000,00 (mil reais) à vítima.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, João Batista da Costa Marques e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 2 de junho de 2009.

***

# Apelação Criminal n. 2009.008083-0 – Bataguaçu
# Primeira Turma Criminal
# Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ALTERAÇÃO LEGISLATIVA ART. 306 DO CTB – AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DECRETADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.

Com a alteração legislativa ocorrida pela Lei n. 11.705/2008, houve profunda mudança no tipo penal estatuído no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Exige-se para a configuração do crime, a partir de então, o específico exame de alcoolemia.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de maio de 2009.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual contra sentença que absolveu sumariamente Eduardo Gust Vilela, da imputação pela prática do crime tipificado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Aduz o *Parquet* que a caracterização do delito de "dirigir embriagado" pode ser aferida através de exame clínico, ou seja, perícia realizada no agente, e por depoimentos testemunhais. Sustenta que a ausência do teste de alcoolemia não induz à inexistência de prova com relação à materialidade (f. 89-95).

Em contrarrazões, o apelado manifestou-se pela manutenção da sentença (f. 101-103).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 110-117), opinou pelo provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Consta nos autos que no dia 31 de agosto de 2008, por volta das 11h02min., o apelado Eduardo Gust Vilela, visivelmente embriagado, conduzia o veículo VW Saveiro de placas CDE 41/88/Bataguaçu-MS, expondo a dano potencial a incolumidade dos usuários da via, quando, no cruzamento da rua Pedro Anchieta com a rua Dos Anjos, Jardim São Francisco, veio a perder a direção do automóvel, colidindo com o veículo CG Celta que estava estacionado na frente da "Igreja Assembléia de Deus – Madureira".

O juiz singular absolveu-o sumariamente por considerar sua conduta atípica diante da nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, introduzida pela Lei n. 11.705/08, que passou a exigir, para a configuração do crime, estar o agente conduzindo veículo automotor, na via pública, com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas, comprovando-se esse fato por meio de exame de alcoolemia.

O Ministério Público, inconformado com a sentença absolutória, recorre e argumenta ser o teste de alcoolemia prescindível para a condenação, quando há nos autos outras provas que demonstram o estado de embriaguez do agente, tais como exame clínico e testemunhais.

Passo à análise do recurso.

O artigo 306 da Lei n. 9.503/97, de fato, sofreu alteração pela Lei n. 11.705/2008, que acrescentou como elementar do tipo a *"concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 (seis) decigramas*", e, neste caso, o laudo clínico de f. 15, apesar de concluir pelo estado de embriaguez do apelado, não especifica qual a concentração de álcool por litro de sangue, não havendo como comprovar se esta concentração era igual ou superior a que exige a lei.

Nesse passo, verifica-se que a sentença deve ser mantida, ante a ausência de provas para sustentar a materialidade do delito disposto no art. 306 da Lei n. 9.503/97 (CTB).

Inicialmente, vale registrar que o tipo penal ora em apreço foi alterado com a publicação da recente 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.

Não é difícil perceber que a edição da nova lei que alterou o tipo penal em exame acabou por trazer, de um lado, uma agravação da conduta, pois de agora em diante passou a norma a considerar crime tão somente o fato de dirigir embriagado com a concentração lá estipulada, deixando para trás a elementar de expor a dano potencial a incolumidade de outrem; contudo, vale registrar que, por outro lado, passou a incluir no tipo um exame específico, sem o qual fica descaracterizada a conduta.

Percebe-se, assim, que, muito embora seja a nova norma aparentemente mais prejudicial aos agentes quanto às elementares, mostra-se mais benéfica quando exige para a configuração do delito um exame específico.

A jurisprudência deixa assente que:

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ALTERAÇÃO LEGISLATIVA – REDAÇÃO DADA AO ARTIGO 306 DO CTB – OCORRÊNCIA DA CHAMADA NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – AUSÊNCIA DA MATERIALIDADE – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DECRETADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.

Com a alteração legislativa ocorrida pela Lei n. 11.705/2008, houve profunda mudança no tipo penal estatuído no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Exigi-se para a configuração do crime, a partir de então, o específico exame de alcoolemia. (TJMS, ACr Detenção e Multa, n. 2009.003666-2/0000-00, Bataguaçu, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia).

Quanto ao crime previsto no artigo 306, importante frisar que com a edição da Lei 11.705/08, o tipo penal foi alterado para agasalhar em seu novo texto elementar objetiva, qual seja, a necessidade de se dirigir o automóvel com nível de álcool igual ou superior a 0,6 miligramas por litro de sangue. Esta lei revogou tacitamente o anterior dispositivo, operando verdadeira '*abolitio criminis*' para casos onde não se demonstrou a dosagem de álcool no sangue do agente através de perícia técnica. (Cf. ACr n. 993.08.030336-3, de São Paulo, Rel. Des. Rodolfo Pellizari).

Por fim, infelizmente, resta concordar com o magistrado sentenciante quando afirmou que, ao contrário de o legislador fazer mais rígida a norma, acabou por tornar inviável a sua aplicação.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo a sentença absolutória.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, João Batista da Costa Marques e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 5 de maio de 2009.

***

# Apelação Criminal n. 2009.010497-2 - Bela Vista
## Primeira Turma Criminal
## Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – RECURSO DO MP – SENTENÇA QUE ABSOLVEU SUMARIAMENTE O RÉU POR AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE, COM FUNDAMENTO NO ART. 386, INCISO II, DO CPP – HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA NO ROL DO ART. 397 – POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DA PROVA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL – PROSSEGUIMENTO DO FEITO DETERMINADO – PROVIMENTO.

Não foi contemplada no art. 397 do Código de Processo Penal, que possibilita a absolvição sumária do acusado, a hipótese prevista no inc. II do art. 386 do mesmo diploma; assim, deve o feito prosseguir com a regular instrução, possibilitando a produção de prova da existência do fato.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, Dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 2 de junho de 2009.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

O Ministério Público Estadual, inconformado com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Bela Vista, que absolveu sumariamente o apelado Jairo Godoy da prática do crime previsto no art. 155, § 3º e § 4º, inciso II, do Código Penal, interpõe o presente recurso de apelação, em que objetiva a reforma do *decisum*.

Alega, em síntese, que a sentença de absolvição sumária deve ser reformada, pois, segundo entende, restou demonstrada nos autos a autoria e a materialidade do delito, visto que o apelado violou os lacres dos medidores e destruiu os *jumpers* nele contidos com a intenção evidente de se beneficiar ilegalmente do fornecimento de energia elétrica em favor de seu estabelecimento comercial. Sustenta, ainda, que o caso não está compreendido nas hipóteses do art. 397 do Código de Processo Penal, que permitem a absolvição sumária.

Em contrarrazões, o apelado pediu a manutenção integral da sentença absolutória (f. 122-129).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, pediu o provimento do recurso ministerial (f. 135-139).

## VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra Jairo Godoy, porque este, segundo a inicial acusatória, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, subtraiu para si coisa alheia móvel, consistente em energia elétrica, de propriedade da Enersul, até que a subtração fosse descoberta em 29 de março de 2007. Consta, ainda, que:

> [...] O denunciado cortou do medidor uma das fases da corrente de energia elétrica fornecida ao seu estabelecimento, energia esta que lhe era fornecida pela vítima, fazendo com que o medidor de consumo não marcasse a energia efetivamente consumida.
>
> Infere-se, também, que os lacres do aferidor eram falsos, bem como destruído o 'jumper' da Fase 'A', com a fiação cortada e, por conseguinte, não registrando corretamente o consumo.
>
> Desse modo, o denunciado subtraiu energia elétrica e dela fez uso sem conhecimento da vítima que, iludida pela fraude realizada, não percebeu a subtração e cobrou dela tão-só a quantia que constava no medido, sofrendo prejuízos. (Sic, f. 3).

Na fase do art. 396-A do CPP, o apelado apresentou defesa prévia, em que alegou principalmente a ausência de prova da materialidade, sendo essa alegação acatada pelo magistrado singular que entendeu por absolvê-lo sumariamente nos seguintes termos:

> Merecem prosperar estes argumentos. O laudo de fls. 13-16 realizado pela Secretaria de segurança Pública do Estado de mato Grosso do Sul é imprestável para os fins a que se destina. Referido laudo foi confeccionado tomando-se por parâmetro três fotografias sem o menor critério técnico legal, não tendo sido juntado nem ao menos os negativos para que pudessem comprovar sua autenticidade.
>
> Caberia à autoridade policial providenciar a apreensão do aparelho no qual se pretendia realizar a perícia, a fim de que não se alterasse o seu estado até a sua realização (art. 169, CPP), não permitindo que referido aparelho fosse apreendido pela própria ENERSUL, conforme ocorreu (fls. 27).
>
> Em prol do princípio do contraditório e da ampla defesa, caberia ao Estado ter providenciado para que o objeto periciado ficasse à sua disposição, facultando ao acusado uma contraprova caso entendesse necessária, resguardando assim seu amplo direito de defesa.
>
> Não é outra a interpretação que deve ser dada ao artigo 170, primeira parte do CPP. A nulidade da prova material acerca do furto é tão evidente que a própria ENERSUL, às fls. 28/29, solicitou o envio do aparelho medidor que se encontrava supostamente instalado na residência do réu para perícia técnica metrológica junto ao AEMS, autarquia estadual criada por delegação do INMETRO, em seu maquinário interno e externo, o que não foi feito ou ao menos juntado aos autos.
>
> [...] merecendo o processo em pauta ser extinto desde já, com a absolvição do réu Jairo Godoy ante a inexistência de prova sobre o fato relatado (art. 386, II, CPP), no qual fica decretada. (Sic, f. 105-106).

Observa-se, portanto, que, tendo em vista a alegação de ausência de prova da materialidade, o apelado foi absolvido sumariamente.

De fato, o delito imputado ao réu na denúncia (furto de energia elétrica) é infração penal que deixa vestígios, sendo necessário o exame de corpo de delito, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal,

que dispõe: "*Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.*".

Fernando Capez, na obra **Curso de Processo Penal**, 12ª ed., 2005, Editora Saraiva, p. 294, a respeito do tema, esclarece com propriedade: *"Indispensabilidade do exame de corpo de delito: Conforme dispõe o art. 158 do Código de Processo Penal: "Quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado". Nesse caso, faltante o exame, enseja-se a ocorrência de nulidade. Sendo possível o exame de corpo de delito direito, não pode supri-lo o indireto (feito, por exemplo, através de prova testemunhal)."*[10]

Por outro lado, não se pode olvidar que a prova da materialidade não pode ser feita por perícia idônea, elaborada dentro dos ditames legais, não se podendo admitir como prova aquela deixada ao alvedrio unicamente da empresa de energia elétrica, no caso da vítima.

A acusação é ônus do Estado e todos os elementos necessários para o reconhecimento da tipicidade, a fim de ensejar o decreto condenatório, devem ser exaustivamente perseguidos pelo ente estatal, sob pena de afronta ao princípio constitucional da ampla defesa e da presunção de inocência.

A *questio juris* aqui é relativa ao cabimento de absolvição sumária, ou seja, depois de apresentada a defesa preliminar, nos termos do art. 397 do CPP.

Com efeito, destaco que a Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, com vigência a partir de 23 de agosto de 2008, introduziu a possibilidade de absolvição sumária logo após o oferecimento da resposta escrita à acusação, nos casos previstos na nova redação do art. 397 do Código de Processo Penal, *verbis*:

> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:
>
> I – a existência manifesta de causa excludente a ilicitude do fato;
>
> II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
>
> III – que o fato narrado não constitui crime; ou
>
> IV – extinta a punibilidade do agente

Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, comentando o dispositivo, explicam:

> O artigo em exame prevê a possibilidade do acusado (para ficarmos com a expressão do legislador), ser absolvido sumariamente, já nessa fase inicial e antes mesmo de iniciada a instrução probatória em juízo. [...]. Tais hipóteses se explicam por si só, não exigindo maior aprofundamento (Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 340).
>
> O magistrado a quo absolveu o réu com fundamento no art. 386, inc. II, que, por sua vez, prescreve: "Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:[...]
>
> II – não haver prova da existência do fato."

10 No mesmo sentido: MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 271.

Sucede, contudo, que a hipótese acima descrita não está compreendida no rol do art. 397, que autoriza a absolvição sumária.

Significa dizer, então, que essa prova pode ser feita no decorrer da regular instrução criminal, o que, diga-se, no caso concreto pode ser até que aconteça, tendo em vista o requerimento de f. 27 feito pelo Delegado de Polícia, solicitando o envio do aparelho medidor para perícia técnica metrológica ao AEMS, conforme relatado até mesmo pelo magistrado.

Outrossim, consta nos autos o laudo pericial de f. 14-16, firmado por dois peritos do Instituto de Criminalística deste Estado, em que restou concluído que:

> O rompimento dos lacres dos medidores com a abertura do vidro e abertura ou destruição dos 'jumpers', é dos danos mais praticados contra o instrumento medido de consumo de energia elétrica.
>
> Nas condições de abertura de um dos 'jumpers', a energia consumida através da respectiva fase não é computada pelo medidor.
>
> Embora as fotografias não tenham mostrado o dano e a fraude com nitidez, os Peritos não se opõem a que a fraude tenha sido praticada conforme as informações contidas no respectivo Boletim de Ocorrência. (Sic, f. 15).

Assim, a meu sentir, não é caso de absolvição sumária, devendo a ação penal percorrer seu *iter* processual regular, com a prolação da sentença prevista no art. 386 do CPP, nada impedindo que, nesse momento, seja reconhecida a hipótese do inciso II ou do inciso V do mesmo artigo.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso ministerial, para determinar o regular prosseguimento do feito.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, João Batista da Costa Marques e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 2 de junho de 2009.

***

## Apelação Criminal n. 2008.036283-2 - Amambai
## Primeira Turma Criminal
## Relator Des. João Batista da Costa Marques

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMA DE FOGO – ART. 14 E 18 DA LEI N. 10.826/03 – ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DO ART. 18 DO ESTATUTO DE DESARMAMENTO – FALTA DE PROVAS – RECURSO PROVIDO – CONCEDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE QUANTO AO DELITO DE PORTE DE ARMA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – RECONHECIDA A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – CONCEDIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SUBSTITUTIVA DE DIREITOS, NOS TERMOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL – RECURSO PROVIDO.

Verificado que as provas produzidas não revelam que o réu praticou o crime de tráfico internacional de arma de fogo, a sua absolvição desse ilícito deve ser decretada, com fundamento no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, mantendo-se a condenação pelo porte ilegal, do artigo 14 da Lei n. 10.826/2003.

Sendo as circunstâncias judiciais favoráveis ao apelante, a pena-base deve ser estabelecida no mínimo legal.

No que concerne ao pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, deve-se reconhecer a sua ocorrência, no entanto deixar de aplicá-la, visto que a pena já está fixada no mínimo legal e, segundo a Súmula n. 231 do STJ, as atenuantes não têm o condão de levar a pena-base aquém do mínimo legal.

O artigo art. 44, I, II, do CP, estipula que as penas restritivas de direito substituirão as privativas de liberdade quando "aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa [...], bem como, o réu não foi reincidente em crime doloso."

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de março de 2009.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Osmar de Souza foi condenado pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Amambai à pena de 3 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, como incurso nas penas do artigo 14 da Lei n. 10.826/03, e 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, pelo delito tipificado no art. 18, *caput*, da referida lei.

Inconformado, o apelante pleiteia sua absolvição pela prática do crime de tráfico internacional de arma, previsto no art. 18 da Lei n. 10.826/03. Alega insuficiência de provas. Pugna, alternativamente, pela redução da pena imposta, pelo reconhecimento da confissão espontânea, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ao final, prequestiona a matéria aventada no recurso, sob o argumento de que houve inobservância do disposto no art. 59 do Código Penal.

O Ministério Público estadual é pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça é pelo conhecimento e provimento do presente recurso.

## VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Osmar de Souza foi condenado pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Amambai à pena de 3 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, como incurso nas penas do artigo 14 da Lei n. 10.826/03, e 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, pelo delito tipificado no art. 18, *caput,* da referida lei.

Inconformado, o apelante pleiteia sua absolvição pela prática do crime de tráfico internacional de arma, previsto no art. 18 da Lei n. 10.826/03. Alega insuficiência de provas. Pugna, alternativamente, pela redução da pena imposta, pelo reconhecimento da confissão espontânea, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ao final, prequestiona a matéria aventada no recurso, sob o argumento de que houve inobservância do disposto no art. 59 do Código Penal.

O Ministério Público estadual é pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça é pelo conhecimento e provimento do presente recurso.

Absolvição:

Visa o apelante ser absolvido da prática do crime previsto no art. 18 da Lei n. 10.826/03 (tráfico internacional de arma de fogo).

Assiste razão ao apelante.

Infere-se dos autos que, no dia 8 de setembro de 2007, por volta das 14h, próximo à escola Romanine, situada na vila Nova, no município de Coronel Sapucaia, na comarca de Amambai-MS, o apelante Osmar Souza foi preso em flagrante por portar arma de fogo de uso permitido, consistente em um revólver marca Taurus, calibre 38, n. 593076, municiado com duas munições intactas, sem a autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, e por ter adquirido referida arma na cidade de Capitan Bado-PY.

Na fase extrajudicial (f. 22-23), o apelante afirmou ter adquirido a arma de fogo no Paraguai e que ingressou no Brasil com a referida arma, senão vejamos:

> [...] Que, com relação aos fatos aqui tratados afirma que reconhece como sendo verdadeiras as imputações contra si formuladas, que nesta data, por volta das 14:00 horas se deslocou até a cidade de Capitan Bado/PY a fim de adquirir uma arma passando a procurar quem possuía uma para vender, tendo então, localizado o indivíduo que conhece apenas pela alcunha de "Baiano", o qual lhe mostrou o revolver ora apreendido: Que, acertados os detalhes da compra, veio a pagar baiano a importância de R$ 300,00 (trezentos reais), tendo recebido tal revolve municiado com dois cartuchos intactos, após o que rumou ao território brasileiro onde encontrou com seu amigo Igor[...] (SIC).

Porém, em juízo (f. 50-51), retratou-se, dizendo:

> [...] que conhece as provas dos autos; que são verdadeiras as alegações feitas na denúncia; que comprou a arma de um paraguaio pelo valor de R$ 300,00; que o paraguaio conhecido por "Baiano" e ele entregou a arma na casa do interrogando; que utilizava a arma para se defender; que trabalha na Fazenda São Pedro; que estava voltando para a fazenda de carona com Igor quando foi abordado pela Polícia; que confirma que jogou a arma em um gramado em frente à escola Fernando Romanini antes de ser abordado pelo Policiais;[...]. que não comprou a arma no Paraguai;[...].

O conjunto probatório revela que o delito de porte ilegal da arma de fogo restou provado, o mesmo não se podendo dizer do crime de *tráfico internacional* de *arma* de *fogo*, descrito no artigo 18 da Lei n. 10.826/2003.

Ainda que se admita a versão de que o réu adquiriu a arma no Paraguai e a trouxe para o Brasil, esta conduta por si não é suficiente para caracterizar o delito em comento, que exige do autor da infração penal o intuito de lucro e o objetivo de comercialização da arma de fogo que deu entrada no território nacional.

A propósito, o tipo penal em análise prevê três ações nucleares, que são a importação, exportação ou o favorecimento de entrada ou de saída do território nacional de armas de fogo, acessórios ou munição.

Visa à norma coibir a movimentação da compra e venda de armas em grandes proporções.

Nesse sentido esta egrégia Corte de Justiça:

> Não há falar em condenação do réu pelo crime de tráfico internacional de arma de fogo, se essa é consubstanciada unicamente em sua confissão extrajudicial, sem que no processo tenham sido produzidas provas de que tenha efetivamente importado o revólver. [...] (ACr n. 2006.007326-9, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, julgado em 12.7.06 – DJ n. 1.327 de 8.8.06).

> Verificado que as provas produzidas não revelam que o réu praticou o crime de tráfico internacional de arma de fogo, a sua absolvição desse ilícito deve ser decretada, com fundamento no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, mantendo-se a condenação pelo porte ilegal, do artigo 14 da Lei n. 10.826/2006. [...] (ACr, Reclusão, n. 2006.015066-4/0000-00, Amambai, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Gilberto da Silva Castro, julgado em 17.10.06).

Não há dúvida de que o apelante possuía apenas uma arma em seu poder, de fabricação brasileira, conforme laudo de fls. 76-77, mas não se pode dizer que ele importou, exportou ou facilitou a entrada de armas de fogo no Brasil.

Assim, com fundamento no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, absolvo Osmar de Souza da imputação de prática do disposto no artigo 18 da Lei n. 10.826/2003.

Da redução da pena-base quanto ao porte ilegal de arma.

O apelante pleiteia a redução da pena-base, asseverando que o juiz *a quo* valorou indevidamente as circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59 do CP.

Veja-se a fundamentação da pena-base utilizada pelo magistrado às fls. 182/189:

> [...]Culpabilidade: os autos revelam que a culpabilidade do Acusado foi alta considerando-se a atitude ousada de entrar no país com arma de fogo sem o devido registro legal e ainda ter tentado fugir dos policiais em alta velocidade. - Antecedentes: os seus antecedentes são bons, de acordo com as certidões constantes dos autos. - Conduta Social: a conduta social é boa. - Personalidade do agente: a personalidade é dissimulada, tanto assim que mentiu em Juízo dizendo que a arma foi adquirida no Brasil. - Motivos do crime: os motivos do crime são inerentes aos crimes. - Circunstâncias: as circunstâncias são graves, pois o Réu, tentando se livrar do flagrante, lançou a arma em direção a um gramado durante o trajeto da perseguição. - Conseqüências do crime: as conseqüências não são graves pois a arma foi apreendida. - Comportamento da vítima: o comportamento da vítima não influiu para a prática do delito.

Inicialmente, entendo que a pena-base fixada pelo juiz sentenciante (03 anos de reclusão e pagamento de 80 dias-multa) foi demasiadamente elevada, pois, das oito circunstâncias judiciais, nenhuma desfavoreceu concretamente o apelante.

Assim, é forçoso concluir que as circunstâncias judiciais que elevaram a pena-base a um patamar acima do mínimo legal não passam de circunstâncias inerentes ao tipo penal, motivo pelo qual reduzo a pena-base para o mínimo legal, 2 (dois) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa.

Ainda:

> TJRS: Pena. Critérios para fixação. Na fixação da pena, deve-se valer o magistrado de todos os vetores do art. 59 do CP. As circunstâncias negativas devem ser sopesadas conjuntamente com as positivas, a ponto de permitir um parâmetro justo e criterioso no quantitativo final da sanção, dentro da prudência e discricionariedade judicial. Deve, outrossim, observar o caso específico. [...] (RJTJERGS 190/194-5)

> TARS: Sendo favoráveis ao acusado as moduladoras do art. 59 do CP e não havendo circunstâncias outras, operativas ou modificativas a considerar, deve a pena aproximar-se do mínimo legal (RT 681/390).

Da atenuante da confissão espontânea

No que concerne ao pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, reconheço a sua ocorrência, no entanto deixo de aplicá-la, visto que a pena já está fixada no mínimo legal e, segundo a Súmula n. 231 do STJ, as atenuantes não têm o condão de levar a pena-base aquém do mínimo legal.

Quanto ao pleito de modificação do regime prisional e substituição por pena restritiva de direitos, entendo que este comporta deferimento.

Analisando as circunstâncias constantes do artigo 59, conclui-se que o réu faz jus ao início do cumprimento de sua pena no regime aberto, porquanto possui várias circunstâncias a seu favor.

Isso porque, "nos termos do art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal, o condenado não-reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto."

Da mesma forma o artigo art. 44, I, II, do CP, estipula que as penas restritivas de direito substituirão as privativas de liberdade quando "aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa [...], bem como, o réu não foi reincidente em crime doloso."

Portanto, preenchidos os requisitos da lei, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo da execução.

Ante o exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso interposto por Osmar Souza, para absolvê-lo quanto ao tráfico internacional de armas, bem como reduzir a pena-base do delito de porte ilegal de arma ao mínimo legal, a ser cumprida em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juiz da execução penal.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 17 de março de 2009.

***

# *Habeas Corpus* n. 2009.003946-2 - Campo Grande
## Primeira Turma Criminal
## Relator Des. João Batista da Costa Marques

E M E N T A - *HABEAS CORPUS* – USO DE DOCUMENTO FALSO – PRETENDIDA NULIDADE DO PROCESSO – ALEGAÇÃO DE FRAUDE DESDE A DISTRIBUIÇÃO – NÃO VISLUMBRAMENTO DE FRAUDE – ORDEM DENEGADA.

Inaceitável a tese de burla na distribuição, se constatado que o feito desenrolou-se em plena consonância com os ditames de lei, acompanhados de documentação idônea para sua comprovação.

## 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, denegar a ordem, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 24 de março de 2009.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Luiz Eduardo Auricchio Bottura, denunciado por suposta infração ao art. 304 do CP, impetrou em favor próprio a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, a fim de que fossem, de plano, declarados nulos todos os atos processuais em relação ao feito de n. 001.08.382717-0, devido à fraude ocorrida desde a distribuição do processo.

A liminar foi indeferida às f. 35-36.

Informações da autoridade coatora às f. 253-254.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 272-277, opina pelo conhecimento e denegação da ordem.

## VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Luiz Eduardo Auricchio Bottura, denunciado por suposta infração ao art. 304 do CP, impetrou em favor próprio a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, a fim de que fossem, de plano, declarados

nulos todos os atos processuais em relação ao feito de n. 001.08.382717-0, devido à fraude ocorrida desde a distribuição do processo.

Uso como razões de decidir a ordem as bem lançadas palavras que ilustraram o parecer ministerial de f. 272-277, de lavra do Procurador Dr. Guilherme Ferreira Dutra Junior, a seguir:

> [...]
>
> Parecer n. 559/PGJ/09
>
> Processo n. 2009.003946-2
>
> Relator: DES. JOÃO BATISTA DA COSTA MARQUES
>
> Procurador de Justiça: Dr. GUILHERME FERREIRA DUTRA JUNIOR
>
> HABEAS CORPUS – CAMPO GRANDE
>
> Impetrante/Paciente: LUIZ EDUARDO AURICCHIO BOTTURA
>
> Impetrado: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE
>
> COLENDA PRIMEIRA TURMA CRIMINAL
>
> [...]
>
> É o relatório.
>
> Passamos a opinar.
>
> Inicialmente, insta esclarecer que é lamentável que um cidadão, ao dirigir-se à Justiça manifesta-se no sentido de que todos os Desembargadores estão sob suspeita, como um Tribunal de Exceção e, ainda, descreve que os atos praticados pela Procuradoria Geral de Justiça sejam de forma direcionada para prejudicá-lo, principalmente quando esse cidadão acha-se eivado e proclamado pela mídia como elemento perigoso, face às suas atividades nefastas perante a Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.
>
> Pleiteia o paciente a nulidade de todos os atos processuais desde a distribuição, alegando que esta foi fraudada, vedado pela Constituição Federal.
>
> Em que pese os argumentos despendidos pelo paciente, melhor sorte não lhe assiste.
>
> Observando as informações da autoridade coatora, f. 253, temos que as alegações do paciente restam infundadas, pois conforme se verificou, a ação penal movida contra o acusado iniciou-se através do pedido de providências nº 066.152.0154/2008 junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, sendo referida providência remetida à 16ª Promotoria de Justiça, por determinação do Procurador-Geral Adjunto de Justiça.
>
> Ora, Excelências, ao contrário do alegado pelo paciente, houve um pedido de providências, o qual, devidamente, ensejou a Denúncia contra o réu.

Todavia, importante observar, ainda, que a falta de inquérito policial não impede o oferecimento da denúncia, visto que a peça acusatória não é formulada apenas com base nele, mas também por outros meios de informação.

Nesse sentido:

O inquérito policial não é indispensável ao oferecimento da denúncia ou da queixa, sendo essa a opinião abalizada do Prof. Fernando da Costa Tourinho Filho. Tal afirmação, aliás, pode ser extraída do artigo 12 do Código de Processo Penal ao dispor que, "o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou a outra".

INQUÉRITO. DISPENSABILIDADE (STF): Não é essencial ao oferecimento da denúncia à instauração de inquérito policial, desde que a peça acusatória esteja sustentada por documentos suficientes à caracterização da materialidade do crime e de indícios de autoria (RTJ, 76/741).

No tocante à nulidade dos atos processuais, sob a alegação de que houve a criação de um Tribunal de Exceção para julgar o paciente, temos que tais alegações não possuem o condão de prosperarem.

A priori, importante registrar que a distribuição do processo pelo qual o paciente responde foi distribuída à 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande de forma imparcial, haja vista que, ao ser designada a 16ª Promotoria de Justiça para oferecer denúncia contra o acusado, a 4ª Vara Criminal fica, automaticamente, vinculada ao feito, de acordo com o art. 1º, inciso IV, do Provimento nº 2, da Corregedoria Geral de Justiça.

Ademais, não há falar que houve a criação de um Juízo de Exceção para julgar o paciente, visto que a 4ª Vara Criminal já existia anteriormente aos fatos, ou seja, não foi criada, excepcionalmente, para julgar o acusado, mas sim, todos os crimes de sua competência, sem nenhuma distinção.

Assim, falamos que o Juízo ou Tribunal de Exceção é aquele instituído em caráter temporário e/ou excepcional que, por não desfrutar de legitimidade constitucional suficiente para a sua sustentação, possui vida efêmera, sendo instituídos em flagrante desobediência aos Princípios da Igualdade, Imparcialidade do juiz, direito de defesa, contraditório, e todos os demais princípios relacionados ao devido processo legal.

É o entendimento doutrinário:

A proibição à instituição de juízo ou tribunal de exceção *(ad hoc)* significa que não pode ser o tribunal criado ex post facto, fora dos quadros do Poder Judiciário, para o julgamento de um determinado caso concreto ou pessoa. Assim, "a jurisdição somente pode ser exercida por pessoa legalmente investida no poder de julgar, como integrante de algum dos órgãos do Poder Judiciário." (Carneiro, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11).

No mesmo sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do nosso Estado:

JUIZO NATURAL – NÃO VIOLAÇÃO.

O princípio do juiz natural exige que o julgamento seja feito somente por órgão previamente constituído (existente antes do fato), impedindo assim a criação de juízos de exceção (instituídos para contingências particulares). Assim, não há falar em violação a esse princípio se o juiz prolator da sentença estava investido das funções próprias da Vara de Fazenda pública da Comarca de Campo Grande, quando decidiu o pedido de servidor público estadual. - 22.11.2005 – Quarta turma Cível - Apelação Cível – Ordinário – n. 2005.010298-3/0000-00 - Campo Grande - Relator-Exmo. Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.

Desta feita não há falar que houve violação ao Princípio da Igualdade e do Juiz Natural, muito menos que houve fraude à distribuição.

À vista do exposto, opina esta Procuradoria de Justiça pelo CONHECIMENTO do habeas corpus impetrado, e pela DENEGAÇÃO da ordem, visto que não há nenhuma nulidade processual a ser sanada pela via do presente writ.

[...]

Nessa senda, faço um breve parêntese para ressaltar que é inaceitável a tese de burla na distribuição, se constatado que o feito desenrolou-se em plena consonância com os ditames de lei, acompanhados de documentação idônea para sua comprovação, visto que, como alhures dito, a ação penal fora iniciada com um pedido de providências, o que desencadeou o oferecimento da denúncia.

Ressalte-se, entretanto, que, em consulta ao SAJ, podemos observar que o paciente fora absolvido sumariamente, conforme despacho proferido no feito n .001.08.382717-0, o qual transcrevo:

Ficam os advogados do réu intimados da r.sentença de f .113-117:

"[...] Exposto isso, à luz do artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal absolve-se sumariamente o acusado Luiz Eduardo Auricchio Bottura, pois o fato narrado evidentemente não constitui crime[..]." Advogados(s): Renato da Rocha Ferreira, Geraldo Escobar Pinheiro.

Ante o exposto, acompanhando na íntegra o parecer ministerial, conheço e denego a presente ordem.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DENEGARAM A ORDEM, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Carlos Eduardo Contar e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 24 de março de 2009.

***

# Agravo Criminal n. 2009.006726-5 - Dourados
# Primeira Turma Criminal
# Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME – PRETENDIDA PROGRESSÃO – EXAME CRIMINOLÓGICO – POSSIBILIDADE QUANDO FUNDAMENTADA – DESPROVIMENTO.

A decisão que determina a realização do exame criminológico para análise do pedido de progressão do regime prisional não merece reparos quando fundamentada.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de abril de 2009.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Trata-se de agravo criminal interposto por Claudemir Lucas do Carmo contra a decisão proferida pelo juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados que determinou a realização de exame criminológico para a concessão da progressão de regime.

O agravante insurge-se contra a decisão, porquanto aduz que preenche todos os requisitos legais exigidos para o benefício da progressão do regime fechado para o semiaberto. Aduz que a realização do exame criminológico deve ser feito no início da pena, e não quando o agente atingir o lapso temporal do benefício, sendo evidente o constrangimento ilegal, quando realizado extemporaneamente. Requer a reforma da decisão para determinar a análise da progressão independentemente do exame criminológico. Alternativamente, requer a concessão da progressão.

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público Estadual postula a manutenção da decisão de primeiro grau.

O magistrado *a quo,* em juízo de retratação, à f. 40, manteve a decisão recorrida por seus próprios fundamentos, enviando os presentes autos a este Tribunal de Justiça para a análise devida.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do agravo criminal.

## VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Trata-se de agravo criminal interposto por Claudemir Lucas do Carmo contra a decisão proferida pelo juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados que determinou a realização de exame criminológico para a concessão da progressão de regime.

O agravante se insurge contra a decisão, porquanto aduz que preenche todos os requisitos legais exigidos para o benefício da progressão do regime fechado para o semiaberto. Aduz que a realização do exame criminológico deve ser feito no início da pena, e não quando o agente atingir o lapso temporal do benefício, sendo evidente o constrangimento ilegal, quando realizado extemporaneamente. Requer a reforma da decisão para determinar a análise da progressão independentemente do exame criminológico. Alternativamente, requer a concessão da progressão.

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público Estadual postula a manutenção da decisão de primeiro grau.

O magistrado *a quo,* em juízo de retratação, à f. 40, manteve a decisão recorrida por seus próprios fundamentos, enviando os presentes autos a este Tribunal de Justiça para a análise devida.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do agravo criminal.

O agravante cumpre pena de 9 (nove) anos e 8 (oito) meses de reclusão, por ter sido condenado pela prática dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes (por duas vezes) previstos no art. 12, *caput,* da Lei n. 6.368/76 e art. 12, *caput,* c.c 14 c.c art. 18, I da Lei n. 6.368/76.

Requereu progressão de regime prisional para o semiaberto, o qual foi condicionado à realização do exame criminológico para melhor aferição do requisito subjetivo. Diante disto, interpôs o presente agravo criminal.

Ocorre que seu pedido não merece provimento.

Acerca do tema, segue o escólio de Mirabete:

> [...] ainda que não seja obrigatório o exame criminológico, diante da insuficiência dos elementos constantes dos autos, o juiz, de ofício ou acolhendo requerimento do Ministério Público ou da defesa, pode determinar a realização do exame criminológico ou exames periciais específicos que se mostrem necessários para aferição do mérito e para a decisão sobre a progressão de regime. (MIRABETE, Julio Fabbrini, Execução Penal, 11ª ed. ver. e atual. por Renato N. Fabbrini, Atlas; São Paulo, 2004; p. 433.)

Então, o exame criminológico servirá para aferir ao magistrado mais elementos para que forme seu convencimento acerca da progressão de regime.

Friso que este tem sido o entendimento adotado por esta Primeira Turma Criminal, senão vejamos:

> EMENTA – HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – REGIME FECHADO – PRETENDIDA PROGRESSÃO – DETERMINADA REALIZAÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – DENEGADA.
>
> A decisão que determina a realização do exame criminológico para análise do pedido de progressão do regime prisional não caracteriza constrangimento ilegal. (TJMS, HC n. 2008.019599-4/0000-00,Dourados, Primeira Turma Criminal, Rel.ª Desª. Marilza Lúcia Fortes, julgado 22.07.08).

> EMENTA – HABEAS CORPUS – CRIME HEDIONDO – DETERMINAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO – POSSIBILIDADE – REEDUCANDO QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS SUBJETIVOS – ATESTADO DE BOM COMPORTAMENTO – INSUFICIÊNCIA – LEI NOVA QUE ALTEROU A LEI N. 8.072/90 – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE PROGREDIR DE REGIME COM 1/6 – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO – ORDEM DENEGADA.
>
> A determinação para realização de exame criminológico, amparado em parecer do Ministério Público, é atividade jurisdicional discricionária do juízo, que não ficou impedido de o fazer em vista da Lei n. 10.792/03, não se revestindo de constrangimento ilegal, por ser medida que visa a aferir o requisito subjetivo previsto para a progressão de regime.
>
> Com a modificação da Lei n. 8.072/90, operada pela Lei n. 11.464/07, que permitiu a progressão de regime, após ter cumprido 2/5 para os primários e 3/5 para os reincidentes, o magistrado não fica atado à jurisprudência que a permite com apenas 1/6. (TJMS – HC n 2008.020992-5/0000-00, Dourados, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Gilberto da Silva Castro, julgado em 29.07.08).

Ora, a realização de exame criminológico tem por escopo fornecer elementos técnicos para que o magistrado possa melhor analisar o pedido de progressão de regime.

O Superior Tribunal de Justiça também tem decidido pela legalidade do exame criminológico, *in verbis:*

> EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. FUGA DO RÉU. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. O art. 112 da Lei de Execução Penal exige, para o preenchimento do requisito subjetivo, apenas o atestado de bom comportamento carcerário, firmado pelo diretor do estabelecimento prisional, podendo o magistrado, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, determinar a realização de exame criminológico, desde que o faça por meio de decisão fundamentada nas peculiaridades do caso concreto, como na hipótese de fuga.
>
> 2. Ordem denegada. (STJ, HC n 105337-RS, Sexta Turma, Rel.ª Min.ª Jane Silva, julgado em 26.08.08)

No caso dos autos, o magistrado fundamentou seu *decisum,* sob o argumento de que: "se tratando de condenado por tráfico ilícito de entorpecente, crime equiparado aos hediondos em que é reincidente específico, oportuna a verificação de seu potencial criminológico ante de decidir-se pela devolução ao meio social, não bastando singelo atestado de comportamento carcerário", de maneira que sua decisão não merece reparos.

Também não merece prosperar o requerimento para a concessão da progressão. Com efeito, conforme exposto, na hipótese versanda, o exame criminológico afigura-se deveras importante para a análise do requisito subjetivo referente à progressão de regime.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao presente agravo criminal.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 28 de abril de 2009.

***

# Apelação Criminal n. 2008.038419-9 - Bonito
## Primeira Turma Criminal
## Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – REDUÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – IMPROVIDO.

Não há falar em absolvição do crime de peculato, se devidamente comprovado que o agente apropriou-se de valor público (diárias) de que tinha posse em razão do cargo de Vereador.

Não há falar em redução da pena-base se já foi fixada no mínimo legal.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, improver o recurso, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 17 de março de 2009.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

## RELATÓRIO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes

Irson Casanova da Silva foi condenado à pena de 3 anos de reclusão e 90 dias-multa, no regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 303 (peculato) c.c. art. 71 do Código Penal (f. 176-183).

Pede a absolvição, com base no princípio do *in dubio pro reo,* alegando que não agiu com dolo ou má-fé, não fez nenhuma declaração falsa de suas viagens nem recebeu valor indevido, apenas não tem como comprovar as viagens realizadas, porque o valor não era prefixado pela mesa da Câmara. Alternativamente, pede a redução da pena para o mínimo legal, alegando que cumpriu com honradez seu mandato, bem como realizou várias viagens sem receber diárias (f. 191-196).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (f. 202-209).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 220-227).

## VOTO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Narra-se na denúncia que:

> [...] após a análise de toda a documentação colacionada na cautelar de quebra de sigilo de dados telefônicos e bancários, bem como nos documentos requisitados pelo Ministério Público nos autos do inquérito civil que apura os fatos, foi possível perceber que o réu recebeu 07 (sete) diárias e não fez a respectiva viagem que declarou, isto nos anos de 2003 e 2004, iniciando-se em 19.2.03 (primeira diária) e encerrando-se em 28.2.04 (última diária) [...].

O apelante pede a absolvição, alegando ausência de provas para a condenação.

Entretanto, a sentença não merece reparos, pois analisou atentamente o conjunto probatório e, de forma muito bem fundamentada, condenou o apelante.

A autoria e materialidade estão demonstradas pelos documentos juntados às f. 6-67, declarações das testemunhas e por todo o conjunto probatório.

Os pedidos de diárias confrontados com as quebras de sigilo telefônico e bancário de f. 46-67, requeridas pelo Ministério Público, deixaram evidente que o apelante, como vereador da Comarca de Bonito, recebeu diversas diárias (sete) e não realizou as viagens, se apropriando-se da quantia de R$ 1.470,00 (mil, quatrocentos e setenta reais).

Como bem manifestou-se o d. Procurador de Justiça (f. 223-225):

> É certo que é quase impossível a constatação da inexistência das viagens em questão por outros meios, senão por aqueles encontrados pelo Ministério Público, no caso concreto. Sendo assim, é suficiente a comprovação da prática do delito por meio da quebra dos sigilos telefônicos e bancário.
>
> Não bastasse tal óbice, o apelante não trouxe aos autos qualquer prova de que tenha viajado nos dias que levaram ao pagamento das diárias mencionadas.
>
> Segundo a testemunha Arcanjo Pazette, '[...] não havia necessidade de comprovação [da viagem], haja vista a resolução da Câmara Municipal esclarecer que não necessitava de qualquer prova documental [...]' (f. 143).
>
> Ora, por mais que fosse desnecessária a comprovação das viagens realizadas, resta claro que, ao ver-se processado, o acusado não deveria medir esforços para comprovar que esteve de fato em Campo Grande nos dias em que recebeu as referidas diárias, contatando as pessoas que o viram durante supostas viagens, etc., entretanto, não o fez.
>
> Pelo contrário, tendo a oportunidade de contatar qualquer das pessoas que diz ter encontrado na capital para testemunhar a seu favor, como o Sr. Marcelo Fortes Correia Mayes (f. 46), Dr. Sérgio Henrique Bonachela e Dr. Odilon de Oliveira (f. 49), Min. Walfrido Silvino dos Mares Guia e Dep. Federal Antonio Cruz (f. 52) etc., não o fez, sem nenhuma justificativa.
>
> Ademais, com a quebra do sigilo telefônico, constatou-se que as ligações recebidas e feitas pelo aparelho do apelante somente se deram em Bonito, demonstrando que era esse o local onde ele estava nos dias declarados como viajados. Outrossim, com a quebra do sigilo bancário (f. 60 e 64), comprovou-se que não houve realmente tal deslocamento, eis que os saques bancários ocorreram tão-somente em Bonito.

> Como se sabe, o ônus da prova cabe ao autor, que, através dos meios possíveis e anteriormente citados, demonstrou que o apelante não realizou as viagens que ensejaram o pagamento das diárias, visto que as ligações feitas e recebidas pelo apelante, bem como os saques bancários só ocorreram em Bonito e de forma alguma em Campo Grande, local onde afirmava estar.
>
> 'Dessa maneira, diante da ausência de demonstração da realização das viagens e da existência de documentos que comprovam que ele estava nesta cidade quando disse ter viajado (operações com seu cartão bancário e ligações recebidas e efetuadas de seu celular) dúvida não há de que ele não viajou, de que recebeu diárias sem viajar' (f. 164).
>
> Infelizmente, o apelante subtraiu, em sete oportunidades, recursos da Câmara, solicitando ressarcimento por viagens que não fez, desviando em proveito próprio valores pertencentes à Câmara Municipal de Bonito, conduta esta que se iniciou em 19.2.2003 (primeira diária) e se encerrou em 28.2.2004 (última diária) e que se amolda perfeitamente ao crime previsto no art. 312 do Código Penal [...]

Assim, não há falar em absolvição do crime de peculato, pois devidamente comprovado que o apelante apropriou-se de valor público (diárias) de que tinha posse em razão do cargo de Vereador.

Nesse sentido: *"Comete peculato, em continuidade delitiva, o funcionário Público que, em razão da função que exerce, apropria-se, por quase dois anos, de valores que seriam destinados ao pagamento de encargos sociais do órgao Público em que trabalhava."* (TRF Primeira Região, AC n. 2000.39.00.001077, PA, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Olindo Menezes, DJ 27.1.06).

Por fim, não há falar em redução da pena, visto que já foi aplicada no mínimo legal (f. 182).

A continuidade delitiva foi fixada nos limites previstos no art. 71 do CP, sendo que o magistrado possui discricionariedade, dentro dos limites legais, para fixar a pena em conformidade com sua finalidade, prevenção e repressão do crime, não merecendo reparo.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

RECURSO IMPROVIDO, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relatora, a Exma. Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 17 de março de 2009.

***

# Apelação Criminal n. 2009.006595-5 - Cassilândia
## Primeira Turma Criminal
## Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS NOS AUTOS – PROVIDO.

Deve ser reformada a sentença, condenando-se a agente por estelionato, se o conjunto probatório deixou evidente que obteve para si vantagem ilícita, por três vezes, em prejuízo da vítima, uma senhora de 91 anos de idade, analfabeta, induzindo-a em erro (realizando três empréstimos bancários em seu nome), mediante ardil (fingindo ser amiga da vítima).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 19 de maio de 2009.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

O Ministério Público Estadual, inconformado com absolvição de Alda Gomes pela prática do crime previsto no art. 171 (por três vezes) c.c. art. 69 do CP, recorre (f. 118-123).

Pede a condenação da apelada nos termos da denúncia, alegando que há provas da autoria e materialidade, ficando evidente pelas provas dos autos que a apelada fez amizade com a vítima, pessoa idosa e analfabeta, induzindo-a em erro e causando-lhe prejuízo, realizando empréstimos bancários, utilizando seu cartão e senha (f. 127-133).

A defesa, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (f. 135-145).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial (f. 151-158).

## VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Narra-se na denúncia que:

> No dia 13 março de 2007, por volta das 12h30min, na Rua Joaquim Balduino de Souza, agência do Banco do Brasil, nesta cidade de Cassilândia/MS, a denunciada Alda Gomes obteve para si, vantagem ilícita em prejuízo da vítima Afoncina Severina de Freitas (91 anos), mantendo-a em erro, mediante ardil, consistente em conquistar sua amizade (da vítima), obter o cartão magnético e a senha da conta bancária utilizada pela última para receber sua aposentadoria, dirigindo-se até a agência bancária e lá efetuar empréstimos, tipo credito direto ao consumidor – CDC, apoderando-se do valor, R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) para si.
>
> Em 16 de agosto de 2007 (f. 47), por volta das 15 horas, na Rua Joaquim Balduino de Souza, agência do Banco do Brasil, nesta cidade de Cassilândia/MS, a denunciada Alda Gomes utilizando o mesmo procedimento, mais uma vez obteve, para si, vantagem ilícita em prejuízo da vítima Afoncina Severina de Freitas (91 anos), mantendo-a em erro, mediante ardil, agora efetuando um empréstimo no valor de R$ 1.400,00 e apoderando-se de todo o valor.
>
> Em 07 de novembro de 2007, em horário incerto, na Rua Joaquim Balduino de Souza, agência do Banco do Brasil, nesta cidade de Cassilândia/MS, a denunciada Alda Gomes utilizando o mesmo procedimento, mais uma vez obteve, para si, vantagem ilícita em prejuízo da vítima Afoncina Severina de Freitas (91 anos), mantendo-a em erro, mediante ardil, agora efetuando um empréstimo no valor de R$ 1.135,00 e apoderando-se de todo o valor.
>
> Apurou-se que a denunciada aproximou-se da vítima, conquistando sua confiança e, aproveitando-se de sua idade (vítima) e do fato de ser analfabeta, disponibilizou-se em ajudá-la a sacar sua aposentadoria, aproveitando-se da oportunidade para efetuar empréstimo mediante consignação, apoderando-se do dinheiro para si [...].

O Ministério Público pede a condenação da apelada nos termos da denúncia.

A sentença deve ser reformada, visto que o conjunto probatório deixou demonstrado que a apelada obteve para si vantagem ilícita (R$ 3.735,00), em prejuízo da vítima Afoncina, de 91 anos de idade, analfabeta, induzindo-a em erro (realizando três empréstimos bancários em seu nome), mediante ardil (fingindo ser amiga da vítima).

A materialidade está demonstrada no boletim de ocorrência (f. 4), extratos bancários que demonstram que em 13.3.07 foi realizado um empréstimo bancário no valor de R$ 1.200,00 (f. 19, 47-48); em 16.8.07, outro empréstimo bancário no valor de R$ 1.400,00 (f. 5-6, 15-16, 47-48) e, em 7.11.07, outro empréstimo bancário no valor de R$ 1.135,00 (f. 5-6, 15-16); fotografia da apelada no caixa eletrônico do Banco do Brasil, sacando a quantia de R$ 260,00, da conta bancária da vítima Afoncina, no dia 16.8.07 (f. 50).

A negativa de autoria restou isolada no conjunto probatório.

A versão contada pela apelada de que, na verdade, foi sua sobrinha Keila Rocha dos Santos quem contraiu empréstimo com a vítima não encontra o mínimo de amparo no conjunto probatório, até porque a vítima negou conhecer esta pessoa e a apelada não produziu provas a fim de comprovar seu álibi, sustentando que sua sobrinha "sumiu no mundo".

Além disso, a apelada entrou em contradição, pois em um primeiro momento negou que tivesse feito empréstimos bancários consignados em nome da vítima, e ainda afirmando que *'nunca foi com a Afoncina para que*

*esta sacasse sua aposentadoria"* (f. 26), entretanto, após a juntada de sua fotografia em um caixa eletrônico do Banco do Brasil (f. 50), no dia em que realizou o segundo empréstimo (16.8.07), confirmou que era ela a pessoa que aparecia na fotografia, alegando que *"a foto deve ter sido tirada quando a interroganda auxiliava Afoncina mensalmente",* bem como que *"está devolvendo o dinheiro para Afoncina mensalmente"* (f. 50 e 53).

A vítima Afoncina negou ter emitido notas promissórias para esta ou para a apelada e foi firme e coerente ao apontar a apelada como a pessoa que fez empréstimo bancário em seu nome, após ajudá-la a sacar dinheiro no caixa eletrônico e ter ciência de sua senha (f. 9-10, 46, 96-97):

> [...] JUIZ: a senhora sabe dizer se a D. Alda Gomes, essa senhora presente, se ela deu algum prejuízo para a senhora, sabe se foi ela mesmo ou sabe quem foi?
>
> DEPOENTE: Uai foi, porque...ela falou que ia arrumar, ajudar eu no negócio do meu filho, e aí não virou nada, está faltando dinheiro meu lá no banco, faltando dinheiro no banco.[...]
>
> JUIZ: A senhora conhecia a d. Alda desde quando?
>
> DEPOENTE: Fazia tempo que conhecia.
>
> JUIZ: A senhora confiava nela?
>
> DEPOENTE: Comecei a confiar, mas no fim foi...
>
> JUIZ: Continua confiando ou não?
>
> DEPOENTE: agora não dá para confiar mais né? Inclusive estou até passando falta das coisas, sem as coisas, doente.[...]
>
> DEFESA: D. Afonsina, foi a D. Alda, ou foi a Keila que pegou o dinheiro da senhora?
>
> DEPOENTE: foi ela que pegou foi a Alda.
>
> DEFESA: A senhora conhece a Keila?
>
> DEPOENTE: não, não tenho conhecimento não, eu nem sabia.
>
> DEFESA: A senhora conhece a sobrinha dela?
>
> DEPOENTE: não sabia. [...]
>
> DEFESA: No dia que a senhora pegou o cartão, a senhora foi junto com ela, foi no banco junto?
>
> DEPOENTE: Fui no banco.
>
> DEFESA: quem mais estava junto?
>
> DEPOENTE: estava só eu mais ela [...]

> Claudionice Batista da Silva, confirmou que a ora apelada Alda, enganou sua genitora, realizando empréstimos bancários em seu nome, bem como que era mentira a "estória" de que a vítima teria emprestado dinheiro a Keila, suposta sobrinha da apelada (f. 11, ratificada em juízo às f. 97-98):
>
> [...] esclarece que Alda Gomes começou a acompanhar a vítima quando do recebimento da aposentadoria da vítima, inclusive tendo acesso ao cartão magnético e a senha bancária em nome da vítima; que em face da confiança conquistada e aproveitando-se da idade avançada da vítima, a Alda Gomes constituiu indevidamente empréstimos bancários em nome da vítima, sem a autorização desta; que tais empréstimos foram formalizados junto ao Banco do Brasil, agência local e provavelmente junto à Izabelzinha da Rádio; que a Alda não conversou com os familiares da vítima sobre a eventual realização de empréstimo; que a declarante manteve contato com a vítima e esta lhe garantiu não ter autorizado a Alda Gomes a formalizar empréstimo algum em nome da vítima; que inclusive, após manter contato com Alda Gomes, esta resolveu realizar o pagamento mensal das parcelas dos empréstimos que realizou indevidamente em nome da vítima [...].

De fato, logo após a vítima ter registrado boletim de ocorrência, a apelada passou a depositar-lhe mensalmente a quantia de R$ 130,00 (primeira) e as demais de R$ 180,00, efetuando o pagamento total de R$ 1.390,00 (mil, trezentos e noventa reais), o que reforça mais ainda que efetivamente praticou o delito, tanto que passou a ressarcir parte dos prejuízos sofridos pela vítima (f. 31, 55-56, 79, 93-94).

Desta forma, não restam dúvidas de que a apelada praticou o delito de estelionato, devendo a sentença ser reformada.

Diante do exposto, **dou provimento ao recurso ministerial para condenar Alda Gomes pela prática do crime previsto no art. 171, *caput,* por três vezes, c.c. art. 69, do Código Penal.**

Passo à aplicação da pena.

Considerando que os maus antecedentes da ré (f. 61, 67); a intensa reprovabilidade da conduta, visto que fingindo ser amiga da vítima, uma senhora de 91 anos de idade, que vive da aposentadoria, analfabeta, realizou empréstimos bancários em seu nome, a pretexto de ajudá-la com as despesas de um filho doente mental; a personalidade voltada para a criminalidade, pois não é a primeira vez que pratica delitos desse *jaez;* as consequências do delito, visto que deixou para a vítima um prejuízo de R$ 2.345,00, **fixo a pena-base de cada delito em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.**

Em razão da agravante prevista no art. 61, II, "h", do CP (crime praticado contra maior de 60 anos), aumento a pena-base em 02 meses e 04 dias-multa, **totalizando 01 ano e 04 meses e 14 dias-multa, para cada delito.**

**Considerando que os crimes foram praticados em concurso material, restam as penas definitivas em 04 (quatro) anos de reclusão e 42 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, no regime aberto.**

**Deixo de substituir a pena por restritivas de direitos ou de conceder a suspensão condicional da pena à apelada, por não preencher os requisitos previstos no inciso III do art. 44 do CP e inciso II do art. 77 do CP.**

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso ministerial para condenar a apelada Alda Gomes pelo crime de estelionato.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 19 de maio de 2009.

***

# Apelação Criminal n. 2009.009609-1 - Bataguaçu
# Primeira Turma Criminal
# Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – MAUS-TRATOS – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE - ATENDIMENTO AO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL – IMPROVIDO.

Não se modifica a pena se o magistrado atendeu ao disposto nos arts. 59 do Código Penal para fixá-la.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 19 de maio de 2009.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

Valmir Antonio foi condenado à pena de 7 meses de detenção, no regime aberto, por infração ao art. 136 do Código Penal (maus-tratos) (f. 139-145).

Inconformado, recorre. Pede a redução da pena-base para o mínimo legal, alegando que foi muito exacerbada, sem motivos plausíveis, prequestionando a matéria (f. 163-167).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (f. 169-171).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 176-181).

## VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Consta na denúncia que no interior de um barraco de lona, sito nas margens da Rodovia BR 267, altura do Km 36, na Comarca de Bataguassu, o apelante, a pretexto de disciplinar seu filho Gerson da Silva Antonio, de 15 anos de idade, de maneira reiterada e excessiva, abusou dos métodos corretivos aplicando-lhe diversos castigos corporais, açoitando-o com uma correia de borracha, tipo cinta, medindo 80 (oitenta) centímetros

de comprimento, com pregos nas pontas, sendo certo que, no dia 2 de março de 2008, por volta das 13h, novamente com *animus corrigendi*, munido do supracitado "chicote" o agrediu, assim como jogou dois copos com água fervendo em seu corpo, causando-lhe lesões corporais graves.

Quanto à dosimetria da pena (f. 143-144), constata-se que a pena-base foi aplicada acima do mínimo legal (6 meses de detenção) por existirem diversas circunstâncias desfavoráveis. Depois, a pena foi aumentada em 1/6 em razão da continuidade delitiva, restando definitiva em 7 meses de detenção. O magistrado possui discricionariedade, dentro dos limites legais, para fixar a pena em conformidade com sua finalidade, prevenção e repressão do crime. Assim, não há reparo a ser feito.

Nesse sentido:

> Certidões que atestam os maus antecedentes servem para demonstrar também a personalidade do acusado, visto que esta circunstância é o espelho do caráter do agente, que pode ser aferido pela análise de sua vida anteacta. 2) Tendo sido observadas as do artigo 59 do Código Penal, que foram desfavoráveis ao acusado, está justificada a aplicação da pena acima do mínimo legal. [...] (TJMS, AC n. 2005.001601-5, Rel. Des. Gilberto da Silva Castro, julgado em 3.5.05).

> [...] Compete ao juiz, na fixação da pena, atender às circunstâncias judiciais, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Assim, impõe-se a pena necessária para atender ao grau de reprovação da conduta. E ela deve ser suficiente para prevenir o crime (prevenção genérica e específica). Não basta, porém, mera referência à necessidade, exigindo-se que a sentença seja motivada" (TACrimSP, ACrim n. 425.391, JTACrimSP, 86:382)

Não há prosperar, assim, a alegação de negativa de vigência do artigo 59 do CP, pois verificado nos autos que o julgador monocrático não violou o dispositivo.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 19 de maio de 2009.

***

# Apelação Criminal n. 2008.021247-2 - Campo Grande
## Segunda Turma Criminal
## Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – JUSTIÇA MILITAR – LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE COMETIDA EM SERVIÇO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – AGENTE QUE EFETUA UM DISPARO DE ARMA DE FOGO MUNICIADA COM BALA DE BORRACHA PARA CONTROLAR O DETENTO QUE OFERECIA RESISTÊNCIA E AGREDIA AGENTES PENITENCIÁRIOS – ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – RECURSO PROVIDO.

Age em estrito cumprimento do dever legal o agente que efetua um disparo de arma de fogo municiada com bala de borracha contra vítima que oferece resistência, tenta agredir os agentes penitenciários e instiga os outros detentos, causando intranquilidade no presídio em que se encontra.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de maio de 2009.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

O acusado David Martins Joaquim foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime semiaberto, como incurso no art. 209, §1º, c.c. o art. 70, II, l, todos do Código Penal Militar, porque, segundo consta, no dia 7 de março de 2007, por volta das 16h, estando em serviço e durante realização de operação de revista de celas no estabelecimento Penal de Segurança Máxima da Capital, tomou uma arma calibre 12 da posse de um agente penitenciário e efetuou um disparo que atingiu a virilha da vítima Vivaldo Lima dos Santos, o qual estava resistindo às ordens dos encarregados pela operação e provocando tumulto entre os presos, causando-lhe lesão corporal de natureza grave, consistente na perda do testículo esquerdo.

Inconformado com o *decisum*, o acusado recorre a esta Corte, objetivando sua absolvição, sob a alegação de inexigibilidade de conduta diversa, estrito cumprimento do dever legal e a insuficiência de provas para a condenação.

O Ministério Público, em contrarrazões, requer o improvimento do recurso defensivo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opina pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser provido.

Segundo consta da denúncia:

> [...]
>
> No dia 07 de março de 2007, por volta das 16h, estava sendo realizada a operação de revista no Estabelecimento Penal de Segurança Máxima – ESPM, em Campo Grande/MS. Por volta das 16h, os Agentes que faziam parte da operação, sendo dois Agentes Penitenciários Estaduais e quatro Agentes Penitenciários Federais, encontraram um túnel que interligava quatro celas do pavilhão 03. Determinaram, então, que o interno Vivaldo Lima dos Santos, que estava na cela 12, colocasse as mãos para trás para que fosse encaminhado ao isolamento por indisciplina, porém, a vítima desobedeceu, recusando-se a cumprir a ordem, iniciando-se uma reação dos Agentes Penitenciários que tentavam conter a vítima Vivaldo.
>
> Os Agentes Penitenciários presentes tentaram fazer cessar o tumulto que se estabeleceu, ocasião em que o Agente Penitenciário Federal Nestor Gonçalves de Amorim Neto, tentando conter a situação, disparou gás de OC (gás de pimenta) visando imobilizar Vivaldo, contudo, não surtiu efeito, pois Vivaldo conseguiu se desvencilhar dos agentes.
>
> Apesar de haver dois Agentes Penitenciários Estaduais e quatro Agentes Penitenciários Federais no local, tentando controlar a situação contra apenas um preso, o denunciado Sd PM Joaquim, apesar disso, veio a efetuar um disparo com uma arma calibre 12, que estava na posse do Agente Penitenciário Federal Valdiran Vieira Silva, vindo a atingir a região da virilha da vítima. Já haviam seis Agentes Penitenciários e mais um Militar, o que seria suficiente para conter uma única vítima, Vivaldo, sendo que os agentes já faziam uso de gás de OC, eficiente para a contenção do ofendido.
>
> O desnecessário disparo com espingarda calibre 12, com munição de elastômero, veio a atingir o testículo do lado esquerdo da vítima, que, socorrida e encaminhada a tratamento cirúrgico no hospital Regional, teve a infelicidade de ter retirado um testículo, o lado esquerdo, devido ao trauma local sofrido.
>
> [...]

Em face desses fatos, o apelante foi condenado como incurso no art. 209, § 1º, c.c. o art. 70, II, **l**, todos do Código Penal Militar (lesão corporal de natureza grave cometida em serviço)

No entanto, embora a autoria e materialidade estejam evidenciadas nos autos, entendo que o acusado praticou a conduta acobertado pela excludente de ilicitude prevista no art. 42, III, do Código Penal Militar (estrito cumprimento do dever legal).

A respeito dessa descriminante, trago considerações feitas pelo saudoso Professor Júlio Fabbrini Mirabete (Manual de Direito Penal – Volume I – Parte Geral – Atlas 23ª Edição – página 184-185), *in verbis*:

> Não há crime quando o agente pratica o fato no "estrito cumprimento do dever legal" (art. 23, inc. III, primeira parte). Quem cumpre regularmente um dever não pode, ao mesmo tempo, praticar ilícito penal, uma vez que a lei não contém contradições. Falta no caso a antijuridicidade da conduta e, segundo os doutrinadores, o dispositivo seria até dispensável. A excludente, todavia, é prevista expressamente para que se evite qualquer dúvida quanto a sua aplicação, definindo-se na lei os termos exatos de sua caracterização.

> A excludente pressupõe no executor um funcionário ou agente público que age por ordem da lei, não se excluindo o particular que exerça função pública (jurado, perito, mesário da Justiça Eleitoral etc.). Estão abrigados pela justificativa o policial que cumpre um mandado de prisão, o meirinho que executa o despejo e o fiscal sanitário que são obrigados a violação de domicílio, o soldado que executa por fuzilamento o condenado ou elimina condenado no campo de batalha e etc. Agem em estrito cumprimento do dever legal os policiais que empregam força física para cumprir dever (evitar fuga de presídio, impedir ação de pessoa armada que está praticando um ilícito ou prestes a fazê-lo, controlar a perturbação da ordem pública e etc).

*In casu*, verifica-se que provas colhidas durante a instrução criminal, indicam, sem sombra de dúvida, que o agente agiu acobertado pela referida descriminante. Vejamos.

O laudo de exame de corpo de delito colhido às f. 72-73, aponta que, em virtude de um disparo de arma de fogo, municiada com "bala de borracha", a vítima Vivaldo Lima dos Santos, foi atingida em sua bolsa escrotal, ocasionando trauma que deu origem a tratamento cirúrgico para a retirada do testículo do lado esquerdo.

Em seu interrogatório, prestado em juízo (f. 108-110), o acusado David Martins Joaquim, acerca dos fatos, disse o seguinte:

> JUIZ: Interrogatório do réu David Martins Joaquim, cientificado dos seus direitos constitucionais, tendo o acusado confirmado suas declarações prestadas do inquérito policial as folhas 44 e 45. O senhor pode transcrever novamente para nós o momento em que levou o senhor a atirar, e o que estava acontecendo, qual a sena que levou o senhor fazer o disparo?

> DEPOENTE: Tinha dois agentes penitenciários federais tentando imobilizar o preso, na hora que eu cheguei no local. E a primeira coisa que eu percebi, que me chamou a atenção foi a arma calibre 12 com munição não letal que estava desguarnecida. Então eu guarneci porque tinham presos ali de "confiança" que também ficavam no local ali andando. E a cena que eu vi foi dois agentes, eu creio que eram três antes, mas um já tinha soltado para poder entrar no brete que é uma porta apertada para entrar. Então, apenas dois tentaram colocar ele para dentro. E aí no caso o que eu percebi também foi que ele estava totalmente vestido de calça jeans, tênis e camisa e que não era o procedimento, porque os presos já saem de dentro da cela só de cueca e estava bastante alterado. E eu guarneci a arma, verifiquei se ela estava destravada. E eu vi os dois agentes penitenciários federais colocando o preso para dentro do brete que é corredor de grades dentro do corredor principal que dá acesso aos pavilhões da segurança máxima. Então, os dois entraram com ele dentro do brete. E como eles tinham que imobilizá-lo lá dentro ou deixá-lo trancado lá dentro, um deles soltou e voltou justamente para o outro também sair. Tinha que sair um de cada vez. Um dos agentes penitenciários federais soltou o preso, deixou só um segurando, sendo que três já não estavam conseguindo segurar direito, deixou só um segurando e saiu do brete. E esse que ficou segurando para ele poder sair do brete, ele estava segurando o preso pelas costas, nos braços, nos ombros; ele empurrou o preso para o fundo do brete para ele poder sair de dentro, ele empurrou o preso para o fundo do brete. Quando ele empurrou para o fundo do brete o preso deu uns três passos, quando foi empurrado e o agente penitenciário virou de costas para poder sair do brete. Porque ele estava dentro do brete junto com o preso. No momento que ele virou de costas, ao invés, de o preso ter ficado para onde ele foi empurrado, não, ele voltou e deu uns três, quatro passos em direção ás costas do agente penitenciário federal e já com as mãos já em posição de agarra-lo pelas costas na altura do pescoço. E como eu cheguei na situação ali, o desenrolar levou, no máximo, dez segundos do tempo que eu cheguei até o tempo do disparo, foi muito rápido. E eu não percebi, como eles usam, os agentes penitenciários federais, estão todos de preto, não deu tempo de eu perceber se ele tinha uma arma no coldre ou não. E mesmo o preso, pelo fato de ele não ter sido a revista fina nele, ele poderia estar com xuxo, armado de alguma forma e se ele, simplesmente, pegasse pelas costas mantendo o agente na frente dele, já caracterizaria uma situação de refém. Então no momento que ele foi em direção às costas do agente penitenciário federal, não dava tempo de verbalizar. Eu apontei a arma na direção das penas e disparei para conter a atitude dele, que no caso caracterizaria uma atitude agressiva.

> JUIZ: Quer dizer que o que levou o senhor a agir foi a possibilidade de ataque iminente do preso em relação ao agente penitenciário?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: E o senhor direcionou a arma em direção às pernas?

DEPOENTE: Em direção às pernas. Esse tipo de munição calibre 12 de elastômero chama munição menos que letal. A distância mínima de ela ser utilizada é de 15m. Mas aí eu não tinha outro recurso à mão, o único recurso que eu tinha a mãos e o procedimento de uso dessa munição é justamente nas pernas ou nos braços, no caso, nos...Esqueci o nome agora, a terminação. É nos membros inferiores.

[...]

JUIZ: Quando o senhor chegou no local o senhor disse que já havia sido utilizado o gás.

DEPOENTE: Já havia, já havia sido.

JUIZ: O gás já tinha afastado os demais presos?

DEPOENTE: Os demais presos já estavam contidos no brete o gás não estava fazendo efeito sobre esse referido preso que inclusive, estava incitando a massa carcerária, os presos, que eles, no caso, quando eles viram a bagunça, quando viram ele não sendo contido por dois ou três agentes penitenciários federais, se levantar do lugar onde estavam e começaram a chacoalhar as grades e fazer pressão psicológica em cima da gente.

[...]

A testemunha Rafael de Sá Leitão Câmara Araújo, em seu interrogatório prestado em juízo (f. 112-113), relatou o seguinte:

[...]

JUIZ: O senhor pode nos informar que a situação que envolveu o preso, vítima, já estava sendo controlada ou estava ainda fora de controle quando houve o disparo?

DEPOENTE: Os outros internos, no caso são mais de cem, todos colaboraram com o procedimento. Desde o começo eu estava sempre no outro setor, mas desde o começo eu notava que tinha uma cela que estava trazendo problemas, uma coisa pontual, duas ou três pessoas que estavam causando problemas. Eu tinha noção que tinham poucas pessoas que estavam resistindo ao procedimento. Mas neste caso, pela disposição da ala, a maioria dos internos já tinha saído, e essa cela que teve esse interno que deu esse problema ia ser uma das últimas a ser retirada os internos de lá de dentro. O que é que acontece? Já estava tudo calmo assim. Os outros internos, nenhum deu alteração, nenhum acirrou ânimos; estavam todos colaborando.

JUIZ: O senhor pode precisar se a situação já estava controlada quando houve o disparo ou o senhor não tem condições de...

DEPOENTE: Nega não, não estava controlada. Estava tendo... Assim, o tumulto e eu não sei precisar sobre o que estava acontecendo exatamente, mas a gente notava que tinha ânimos exaltados de certas pessoas, vozes assim e o pessoal querendo controlar. Mas a situação não estava calma não, não estava pacífica, tanto é que eu estava tentado manter a calma dos outros internos.

JUIZ: já havia sido feito o uso de gás AC?

DEPOENTE: Positivo. Anteriormente na cela quando ele se recusou, o interno em questão e outros, segundo me relataram, se recusaram a fazer o procedimento, ir para o fundo da cela, houve resistência deste o começo nessa cela problemática e depois de agente tentar o contato verbal por mais de uma vez usando palavras firmes e tal, foi usado o uso escalonado da força, utilizamos o gás de pimenta. Eu não, porque eu estava lá fora, mas os agentes que estavam tentando fazer extração da cela tiveram que utilizar o gás de pimenta por não serem obedecidos na sua ordem de evacuar a cela, estavam se recusando a deixar a cela.

JUIZ: Havia outras armas de idêntica natureza com os agentes?

DEPOENTE: Sim. Minha equipe era composta por vinte pessoas e uma parte dessas pessoas portavam essa arma, a calibre 12 com munição de borracha e essa arma é utilizada em último caso, ou seja, só se a integridade do portador da arma, a integridade física do portador da arma estiver em risco, ou seja, em último caso a gente utiliza a arma em questão.

JUIZ: A orientação para utilização da arma tem direção primeira para atirar?

DEPOENTE: Sim. Agente, uma vez o interno vindo, ameaça de modo geral vindo em nossa direção, a gente tenta atirar numa parte, vamos dizer, da cintura mediana inferior, ou seja, primeiro nas pernas da pessoa, apesar de não ter letalidade, não ser uma arma letal a gente prefere, prefere não, a orientação é para que se atire na linha mediana inferior, ou seja, nas pernas, de preferência.

"[...]

JUIZ: Pergunta da Defesa. Com o esvaziamento da cela os presos estavam todos no mesmo ambiente?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: Ou havia separação ?

DEPOENTE: Como era efetivo de muitos internos a gente os colocou no corredor, só que o corredor tem um chamado, um grande protetora, o corredor é assim, vamos dizer, uma área na faixa de 1/3 do corredor protegido por uma grade, ou seja, eles ficam sentados, virados para a parede, cabeça baixa, durante o corredor, vamos dizer, na extensão do corredor atrás dessa grade protetora.

JUIZ: O senhor pode precisar o efetivo e o número de preso?

DEPOENTE: Do meu plantão tinha, aproximadamente, dez, dose, aproximadamente doze pessoas, porque o efetivo completo de agente penitenciário federal é de 20, mas estavam empenhados nessa missão de 12 a 15 federais, estaduais não sei precisar.

JUIZ: E o número de presos retirados?

DEPOENTE: Mais de cem.

JUIZ: A finalidade da operação?

DEPOENTE: Suspeita de um túnel por ter sido cavado em uma das celas.

A testemunha Henrique Batista Abreu, quando inquirida na fase inquisitiva (f. 31), confirmado em juízo (f. 111), disse o seguinte:

> [...] Que durante o encaminhamento dos internos o reeducando Vivaldo alterou-se com os agentes penitenciários, o corre que além de provocar alteração na operação, também instigava os internos a causar tumulto; O declarante informa que em decorrência das atitudes indisciplinares do interno, teriam que encaminhá-lo para a cela disciplinar, contudo ao determinarem para o interno Vivaldo se posicionar de maneira padrão para conduzi-lo, ele alterou-se ainda mais, insuflando a massa carcerária e tentando agredir um agente penitenciário que tentava algema-lo; O declarante informa que o agente penitenciário estava com dificuldades para algemar o interno sendo que o interno Vivaldo tentava agredi-lo com chutes e mordidas, ocasião que o soldado Joaquim interferiu com a escopeta calibre dose em mãos, da carga da DEPEN, e efetuou um disparo de munição não letal em direção ao interno; O depoente informa que visualizou o policial Joaquim realizar a visada abaixo da linha da cintura e efetuar o disparo; O declarante aduz que após o disparo, puderam reassumir o controle da situação que estava crítica [...]

A testemunha Emanuel Humberto da Silva Costa, ouvido apenas na fase inquisitiva (f. 23), relatou:

> [...] Que o depoente esclarece que todos os presos já estavam posicionados no corredor protegidos por uma grade, no entanto o mencionado interno, como foi o último a sair do pavilhão, negou-se a entrar no corredor e saiu correndo em direção aos internos, incitando a massa carcerária contra os agentes penitenciários, além de ter resistido a condução e tentado agredir os agentes penitenciários federais, com chutes e mordidas. O declarante elucida que durante a tentativa de conter o interno que estava revoltados, os internos que estavam no corredor ficaram muito agitados e começaram a ameaçar a integridade física dos agentes e a causar tumulto tentando derrubar a grade do corredor; Que o declarante informa que uma média de aproximadamente vinte e cinco agentes penitenciários no local, e uma media de cento e sessenta presos, ocorre que durante a tentativa de contenção, muitos agentes federais passaram seus armamento para um grupo menor cuidar enquanto os desarmados tentavam imobilizar o interno Vivaldo, porém a dificuldade e o ambiente desfavorável contribuíram para dificultar a ação, que resultou numa possibilidade de desvencilhar-se dos agentes federais e correr em direção ao final do corredor, retornando em seguida já agredindo o agente penitenciário Abreu; O declarante ressalta, que neste momento, houve um disparo de arma de fogo, resultando no controle da situação, pois os presos que estavam agitados acalmarem-se logo em seguida, porém o interno Vivaldo apenas deu um gemido e caiu no chão imóvel. O depoente informa que no momento após o disparo, ainda não se sabia quem havia efetuado o tiro, quando os agentes federais em deliberação entre eles constataram que havia sido utilizado um armamento tipo escopeta de munição não letal da caraga da DEPEN; Que o declarante tomou conhecimento posterior que foi o Sd PM Joaquim quem efetuou o disparo [...] Perguntado ao declarante se na sua opinião e experiencia como agente penitenciário, houve a necessidade de se efetuar o disparo contra o interno ou havia solução mais adequada ao caso: Respondeu que para o controle da situação a atitude foi adequada e teve resultado satisfatório, pois o problema maior era o interno que resistia e desobedecia aos agentes penitenciários mas sim a massa carcerária que estava instigada à violência, podendo a situação ter tomado proporções, mais críticas caso não houvesse um intervenção mais enérgica [...]

A testemunha Evandro Luiz Mota de Oliveira, ouvido apenas na fase inquisitiva (f. 23), disse:

> [...] Que durante o encaminhamento dos internos o reeducando Vivaldo alterou-se com os agentes penitenciários, ocorre que além de provocar alteração na operação, também instigava os outros internos a causar tumulto; O declarante informa que pelo fato de estar com munição letal manteve-se mais afastado do grupo de agentes que faziam a imobilização, dando segurança aos demais; Que conforme o declarante os seus companheiros foram tentar algemar o interno não logrando êxito; Que no momento em que o interno conseguiu se desvencilhar dos agentes e investiu contra a pessoa do AG Abreu, neste momento o declarante ouviu o disparo e viu o preso cair, aparentemente atingido na perna; Que viu o interno parar com a agressão e posteriormente o encaminhou para a enfermaria [...]

A testemunha Valdiran Vieira Silva, ouvido apenas na fase inquisitiva (f. 23), afirmou:

> [...] Que durante o encaminhamento dos internos o reeducando Vivaldo alterou-se com agentes penitenciários, ocorre que além de provocar alteração na operação, também instigava os outros internos a causar tumulto; O declarante informa que razão da negativa do interno em acatar as ordens; foi fazer a imobilização do interno e para isto passou as suas armas para um companheiro seu; Que após o interno ser imobilizado foi encaminhado ao "BRETE", porém o interno voltou-se para os agentes e passou a tentar agredi-los e foi neste momento que se deu o disparo; [...]

A testemunha Nestor Gonçalves de Amorim, ouvida apenas na fase inquisitiva (f. 23), relatou:

> [...] Que durante o encaminhamento dos internos o reeducando Vivaldo alterou-se com os agentes penitenciários, ocorre além de provocar alteração na época, também instigava os outros internos a causar tumulto; O declarante informa que pelo de estar com munição letal manteve-se afastado do grupo de agentes que faziam a imobilização, dando segurança ao demais; Que conforme o declarante os seus companheiros foram tentar algemar o interno não logrou êxito; Que o declarante se desarmou e foi até o interno disparou um jato de OC para imobiliza-lo; Que alega que a sua atitude de utilizar um jato de OC não surtiu efeito e neste momento o preso conseguiu se desvencilhar dos DEPEN e retornou para atacar o AG Abreu, porém não tem certeza; Que neste momento o declarante percebeu que alguém ao seu lado efetuou um disparo a altura da cintura para baixo; Que viu o interno parar com a agressão pegar o material e ficou quieto aonde os agentes determinaram para ficar [...]

Pelo exposto, denota-se que, no momento dos fatos, havia uma situação delicada e de risco, visto que a vítima, detento do Presídio de Segurança Máxima desta Capital, oferecia resistência e, mesmo depois de ter sido atingida por um jato de gás OC, tentava atacar os agentes penitenciários que buscavam algemá-la. Ainda, verifica-se que essa situação estava causando intranquilidade no presídio e instigava os outros detentos, momento em que, o acusado, fazendo uso de uma arma não letal, efetuou um disparo na vítima, atitude esta que normalizou a situação que já estava fora de controle.

Assim, entendo que o acusado utilizou-se dos meios moderados e controlou a situação. Apesar de ter causado lesão de corporal de natureza grave na vítima, agiu no estrito cumprimento do dever legal.

A jurisprudência desta Corte encontra-se nesse sentido:

> E M E N T A– APELAÇÃO CRIMINAL – MILITAR – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – NO MÉRITO IMPUTAÇÃO DE CRIME DE LESÃO CORPORAL GRAVE – PERSEGUIÇÃO POLICIAL – ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER – ABSOLVIÇÃO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PROVIMENTO.
>
> A carta precatória remetida para oitiva de suas testemunhas foi juntada aos autos uma semana antes da apresentação de suas alegações finais (f. 156-162). Dessa forma, tendo o juízo obedecido estritamente à lei e não havendo prejuízo, não há falar em nulidade, ficando afastada a preliminar.
>
> Cabe ao policial, no estrito cumprimento de seu dever legal, usar dos meios necessários à sua disposição, no sentido de prender o agente flagrado na prática de ações criminosas, dentre eles a força física com vistas a coibir a fuga do agente ou agressão iminente deste. (TJMS, AC, Detenção e Multa, n. 2006.001573-1/0000-00, Campo Grande, Rel. Des. João Batista da Costa Marques)

Por tais considerações, nos termos do art. 469, d, do Código de Processo Penal Militar, absolvo o acusado David Martins Joaquim da prática do delito previsto no art. 209, § 1º, c.c. o art. 70, II, **1**, todos do Código Penal Militar.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 11 de maio de 2009.

***

## Apelação Criminal n. 2008.032255-3 - Ivinhema
## Segunda Turma Criminal
## Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA–APELAÇÃOCRIMINAL–SENTENÇACONDENATÓRIA–ESTERILIZAÇÃO CIRÚRGICA – ART. 15, *CAPUT*, DA LEI N. 9.263/96 – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE APLICAÇÃO DE CAUSA DE AUMENTO – NÃO OCORRÊNCIA – *IN DUBIO PRO REO* – PRETENDIDO AUMENTO DA PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAIS FAVORÁVEIS – PENA FIXADA NA SENTENÇA MANTIDA – *EX OFFICIO* – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PRESCRIÇÃO RETROATIVA – TRANSCURSO DE PRAZO SUPERIOR A 4 ANOS ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO IMPROVIDO.

Praticada a esterilização por cirurgia, crime tipificado no caput do art. 15 da Lei n. 9.263/96, mantém-se a condenação nos termos da sentença, não restando cabalmente demonstrada a causa de aumento prevista no seu parágrafo único, inciso I, em razão de ressalva da norma que a exclui.

Se as circunstâncias judiciais são todas favoráveis, não se justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Encontra-se extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado se entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença transcorreu lapso superior ao prazo regulado no art. 109, V, do Código Penal em relação à pena em concreto aplicada na sentença recorrida somente pelo Ministério Público. 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, negar provimento ao recurso, unânime, em parte com o parecer.

Campo Grande, 4 de maio de 2009.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 187-198 que condenou Renê Guilherme Mollinedo Zegarra às penas de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, por infração ao art. 15, caput, da Lei n. 9.263/96 – Lei do Planejamento Familiar, porque, segundo consta da denúncia, o acusado causou lesão corporal na vítima Rosimeire da Conceição Alves, realizando, sem o consentimento desta, um procedimento cirúrgico que determinou sua esterilização.

O *Parquet* irresignado com a sentença, requer sua reforma objetivando:

1 - a aplicação da causa de aumento do parágrafo único, inciso I, do art. 15, da Lei do Planejamento Familiar, aduzindo que a esterilização foi praticada por ocasião do parto;

2 – a exasperação da pena-base, não sendo razoável sua fixação no mínimo legal ante as circunstâncias judiciais desfavoráveis;

3 – a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O apelado, em contrarrazões, manifesta-se pelo improvimento do recurso, afirmando que sua conduta foi motivada pelo alto risco de morte à paciente em decorrência de situações advindas do parto.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo parcial provimento do recurso para tão-somente aplicar a causa de aumento.

## VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso ministerial deve ser improvido.

**Da aplicação da causa de aumento:**

Consta dos autos que o acusado Renê Guilherme Mollinedo Zegarra foi denunciado nas penas da lesão corporal gravíssima por perda ou inutilização de função, conforme art. 129, §2º, III, do Código Penal.

O magistrado a quo, entendendo amoldar-se o caso dos autos ao **art. 15, da Lei n. 9.263/96, lei que trata do planejamento familiar e estabelece penalidades,** nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, condenou o ora apelado às penas de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, conforme o caput do citado artigo.

No entanto, inconformado com a decisão, insurge-se o Ministério Público quanto à não aplicação da causa de aumento do inciso I, parágrafo único, do art. 15, da Lei n. 9.263/96, que assim dispõe:

> Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei.
>
> Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.
>
> Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:
>
> I - durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.
>
> II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;
>
> III - através de histerectomia e ooforectomia;

> IV - em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;
>
> V - através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização.

Assevera o recorrente que a esterilização cirúrgica foi realizada em desacordo com a lei, tendo o acusado se aproveitado de parto da vítima.

Não lhe assiste razão.

Na sentença invectivada, o magistrado de instância singela, considerando as provas dos autos, consignou às f. 187-198 que:

> [...]
>
> De tudo, conclui-se que o acusado, como médico, tomou uma decisão sponte sua ao realizar a laqueadura na vítima sem o real consentimento desta, e ainda que tivesse motivos relevantes para assim proceder, querendo preserva-lhe a vida ou a saúde ante os riscos de uma futura gravidez, vê-se que não observou os procedimentos necessários para a esterilização como realizada, já que não poderia tomar a decisão pela vítima.
>
> Destarte, a decisão sobre a laqueadura não cabia ao médico naquele momento, pois ele trabalhou com hipóteses que deveriam ser repas-sadas para a paciente a fim de que ela, somente ela, em razão da sua comprometida condição para uma futura maternidade, tomasse uma decisão sobre a necessidade ou não de ser esterilizada.
>
> É fato que a vítima tem precedente na família no sentido de problemas com gravidez, tal como relatou sua mãe ao afirmar que a sua filha Vania, irmã da vítima, engravidou quando não poderia engravidar por causa de eclampse (fs. 117/118).
>
> [...]
>
> Afastada a tese de lesão corporal gravíssima capitulada pela denúncia, prevalecendo a infração descrita pela inobservância dos preceitos da Lei n. 9.263/96 na realização da laqueadura na vítima, impõe-se fazer algumas considerações, em específico ao que se refere às causas de aumento de pena previstas no parágrafo único, do art. 15, da referida Lei.
>
> O legislador previu que a realização da laqueadura durante o parto é situação que aumenta a pena em 1/3 (parágrafo único, inc. I, art. 15, Lei n. 9.263/96), que é o que ocorreu no caso em comento.
>
> Todavia, a parte final do dispositivo diz que não se aplica a causa de aumento na hipótese de haver risco de vida à saúde da mulher ou do futuro concepto, que é, também, a causa alegada pelo médico para ter feito a esterilização.
>
> A Dra. Evania, médica que acompanhou o ato cirúrgico, apesar de não lembrar especificamente da vítima, disse que "realizou em companhia do denunciado várias cirurgias cesarianas, jamais tendo o mesmo procedido qualquer "laqueadura" sem que fosse previamente solicitado pela paciente, salvo quando necessário, em caso, por exemplo, de gravidez de alto risco" (f. 74).
>
> As auxiliares que ajudaram no ato cirúrgico também apontam a mesma situação (f. 79-81).

> Considerando o histórico familiar da vítima, relatado alhures, e também a sua pouca idade à época dos fatos (19 anos), já com duas cesarianas, não se pode descartar a possível verossimilhança da versão do médico para agir como agiu ao argumento do alto risco da paciente e do futuro concepto no caso de nova gravidez.
>
> Não há nos autos qualquer contra-prova que possa afastar a possível veracidade indicada pelo médico como causa determinante para a laqueadura que fez na vítima.
>
> Por efeito, e havendo dúvida razoável ante o contexto da situação como um todo e não isoladamente, tem-se que o princípio in dubio pro reo incide para afastar a causa de aumento de pena, pois plenamente possível que a vítima pudesse vir a sofrer risco a si e ao feto em caso de nova gravidez.
>
> As demais hipóteses para aumento de pena não são incidentes na situação em apreciação, dispensando-se análise.
>
> Como corolário natural, prevalecem apenas as sanções estipuladas no caput do art. 15 da Lei n. 9.263/96, e estando definida a autoria e presente a materialidade da infração impõe-se a condenação do acusado.

Correta a decisão acima transcrita que deixou de aplicar causa de aumento, considerando as alegações do acusado quanto ao risco de vida à parturiente.

Por óbvio sua conduta é contrária à lei, como bem assentado na sentença censurada, porém não se deve aplicar a causa de aumento à condenação.

Assim, os argumentos lançados pelo órgão do Ministério Público não são suficientes para reformar a decisão.

**Do pedido de aumento da pena-base:**

De igual forma, não prospera a pretensão recursal do Ministério Público.

A dosimetria da pena, conforme se extrai de f. 196, demonstra que a sentença não merece ser reparada. Veja-se:

> Culpabilidade - Esta é circunstância matriz do art. 59, pois nela repousa todo o grau de censurabilidade da conduta, podendo ser maior ou menor, dependendo do caso concreto. É a intensidade do dolo. Verifico, dessa forma, que a culpabilidade do agente é a normal para o crime em espécie; Antecedentes – O condenado não possuía antecedentes (f. 35, 44-46), sendo impertinente a tese do Ministério Público no sentido de que o histórico profissional de classe tenha influência na fixação da pena para servir como maus antecedentes, situação que, pela evidência, dispensa maiores digressões; Conduta social e personalidade do agente - A conduta social do condenado revela, pelos informes dos autos, ser normal, e não há demonstração de que esteja envolvido em outros fatos ilícitos, o que aponta ter personalidade mediana e comum; Motivos do crime – Não ficam em evidência

A pena-base não pode ser exasperada porquanto as circunstâncias são favoráveis ao réu.

Cumpre salientar que as apontadas consequências do crime, como a impossibilidade de a vítima conceber uma criança, são normais do tipo.

Além disso, não são aptas a serem consideradas em desfavor do apelado as eventuais ocorrências registradas no âmbito administrativo, como o respectivo conselho de classe, pois o princípio da presunção de inocência impede o agravamento da reprimenda por fatos que não tenham sido abarcadas pela coisa julgada penal.

Dessarte, a pena deve ser mantida.

**Da prescrição:**

Exsurge dos autos, em razão da pena fixada e do consequente improvimento do pleito ministerial quanto à elevação da reprimenda corporal, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Os fatos delituosos deram-se em 6.6.00 (f. 3-5) e o recebimento da denúncia em **13.8.02** (f. 37).

A sentença penal condenatória foi exarada em **25.4.08** (f.198) e publicada em cartório em **28.4.08** (f. 199).

Observados os marcos interruptivos expostos nos autos, conforme o art. 117 do Código Penal, e levando-se em consideração a pena fixada definitivamente em 2 anos de reclusão, deve ser declarada a extinção da punibilidade pela prescrição, pois entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória decorreu período superior a 4 anos, consoante prevê o art. 109, V, do estatuto penal.

Restam as demais considerações recursais prejudicadas.

Ante o exposto e em parte com o parecer, **nego** provimento ao recurso do Ministério Público, mantendo a sentença inalterada.

Ato contínuo, declaro extinta a punibilidade pela prescrição com fundamento no art. 107, IV, primeira figura, c.c. o art. 109, V e art. 110, §1º, do Código Penal.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, EM PARTE COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 4 de maio de 2009.

***

# Recurso em Sentido Estrito n. 2009.004792-6 - Campo Grande
## Segunda Turma Criminal
## Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA–RECURSOEMSENTIDOESTRITO–ABANDONOMATERIAL–AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Mantém-se a decisão de não recebimento da denúncia, em face da deficiência formal do libelo acusatório vestibular e da ausência de elementos mínimos de prova no sentido de que o abandono material supostamente praticado pelo recorrido foi proposital.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de abril de 2009.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

O Ministério Público Estadual, irresignado com a decisão singular de f. 126-8, que rejeitou a denúncia ofertada contra Anderson da Silva Ramos, por ausência de comprovação de justa causa e dolo previstos no tipo penal imputado ao denunciado – recorre, tempestivamente, a este Sodalício, objetivando a reforma do *decisum* e consequente recebimento da exordial, alegando encontrarem-se presentes todos os elementos necessários para o devido ajuizamento da ação penal.

Sustenta que o recorrido jamais teve a intenção de assumir suas obrigações com seu filho, pois desde o ano de 2001 (em que foi citado na execução de alimentos) encontra-se em lugar desconhecido.

Ressaltou que o não recebimento da denúncia pelo Magistrado não encontra respaldo entre as possibilidades descritas no art. 43 do CPP.

Citado por edital, o acusado não se manifestou.

Em contrarrazões, o curador especial nomeado pugnou pelo improvimento do recurso, salientando que a peça inicial não trouxe aos autos caracterização da conduta do acusado, tampouco caracteriza a justa causa para fundamentar o pedido de condenação do réu. Alertou a ausência de provas de que o acusado tenha condições de pagar a pensão, além de que não existem provas de que sua conduta tenha trazido riscos efetivos à vida da criança.

A decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 146).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser improvido.

Eis a fundamentação exarada pelo magistrado, ao rejeitar a exordial:

> [...] Analisando a denúncia, verifico que foi devidamente descrita a violação ao bem jurídico protegido pelo tipo penal previsto no art. 244 do CP, qual seja o dever de assistência ao filho menor de 18 anos.
>
> Entretanto, não foi descrito na denúncia tanto o elemento normativo daquele tipo penal (falta de justa causa), demonstrando que o agente agiu de forma injustificada, e nem o elemento subjetivo (dolo), consubstanciando na vontade de praticar, de forma consciente, a conduta típica.
>
> É certo que apenas com o transcurso da instrução criminal poderá ser considerado provado se o denunciado praticou, ou não, a conduta criminosa que lhe é imputada, mas é necessário que a denúncia descreva todos os elementos do tipo penal que o réu teria infringido, conforme intelecção do art. 41 do CPP, até para não prejudicar a sua defesa, visto que este se defende do fato, e não do artigo de lei que lhe é imputado.
>
> Na esfera cível, o não-pagamento de pensão alimentícia aos filhos é fato que, por si só, traz implicações como a propositura de execução de alimentos e a prisão civil (CPC, art. 733); contudo, na esfera penal, exige-se mais: no momento da propositura da ação penal, o MPE deve apresentar indícios de que o denunciado agiu de forma injustificada e dolosa, sob pena de haver falta de justa causa para a ação penal.
>
> A não ser assim, considerando que já existe prisão civil do devedor alimentar (CPC, art. 733), o raciocínio de que o inadimplente cometeria sempre (raciocínio automático) o crime de abandono material levaria à odiosa responsabilidade objetiva no Direito Penal, o que se afigura intolerável dentro do atual sistema garantista [...].

O simples atraso no cumprimento da obrigação alimentar não é suficiente para caracterização do crime de abandono material. Para tanto é indispensável a prova de que o inadimplemento não se deveu a dificuldades de momento incontornáveis.

A ação penal ajuizada contra o recorrido não encontra condições de viabilidade ante a prova até então produzida nos autos, tanto por ausência de justa causa (art. 43, inc. I, do CPP) quanto pela decorrente deficiência formal da sua peça vestibular (art. 41, primeira parte, do CPP).

Eis o entendimento doutrinário acerca da questão:

> Tem incluído a doutrina entre as causas de rejeição da denúncia ou da queixa, por falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir), a inexistência de indícios no inquérito ou peças de informação que possam amparar a acusação. É realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova para que a ação penal tenha condições de viabilidade, caso contrário, não há justa causa para o processo. Só há legitimação para agir no processo penal condenatório quando existir

> o *fumus boni juris* que ampare a imputação. Tem-se exigido, assim, que a inicial venha acompanhada de inquérito policial ou prova documental que a supra, ou seja, de um mínimo de prova sobre a materialidade e autoria, para que se opere o recebimento da denúncia ou da queixa, não bastando a simples versão dada pelo ofendido. (MIRABETE, Julio Fabrini, Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 208).

No mesmo sentido, a jurisprudência:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Manutenção da decisão de não-recebimento da denúncia, em face da deficiência formal do libelo acusatário vestibular e da ausência de elementos mínimos de prova no sentido de que o abandono material supostamente praticado pelo recorrido foi proposital (= sem justa causa). RECURSO IMPROVIDO. (TJRS, SER n. 70.016.436.024, Sexta Câmara Criminal, Rel. Aymoré Roque Pottes De Mello, julgado em 9.11.06).

A questão pode ser resolvida na esfera cível.

Por esses motivos, nego provimento ao recurso, confirmando, por seus próprios fundamentos, a decisão singular.

Decisão contrária ao parecer.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 27 de abril de 2009.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência

TJMS

# NOTICIÁRIO



# DISCURSO DE SAUDAÇÃO, PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR JOENILDO DE SOUZA CHAVES, EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, NA POSSE DO NOVO DESEMBARGADOR

Aos vinte e dois dias do mês de abril do ano de dois mil e nove

Senhoras e Senhores. Sinto-me profundamente honrado com a incumbência de representar os eminentes colegas em ocasião tão importante, em que este Tribunal Pleno se reúne em caráter solene e festivo para receber em seu quadro um valoroso magistrado.

Trata-se do digno juiz Júlio Roberto Siqueira Cardoso, cuja trajetória profissional aliada à sua formação moral e intelectual e ainda a outros requisitos inerentes ao homem de bem o fizeram tornar-se detentor desta promoção na observância do critério de merecimento.

Aporta, portanto, o ilustre magistrado neste colegiado após uma carreira brilhante, pontuada pela competência, operosidade e dignidade.

Depois de uma verdadeira peregrinação por diversas comarcas deste Estado, ele aqui chega, deixando por onde passou um rastro de bons exemplos que devem ser observados por todos que buscam nesta carreira a concretização de um ideal, uma missão a ser cumprida, mas sobretudo um dever para com Deus e os homens; ser juiz é um sacerdócio.

A brilhante trajetória profissional teve como esteio uma bela formação familiar e religiosa, que foi edificada ao longo de sucessivas conquistas, as quais merecem ser registradas. Nasceu na cidade de Mogi das Cruzes-SP, no dia 17 de junho de 1949. Em 1972, formou-se em Direito pela Faculdade de Direito "Bras Cubas". No ano seguinte, em 1973, concluiu o curso de Administração de Empresas na Universidade de Mogi da Cruzes (ver faculdade) e, em 1974, iniciou, no Estado de São Paulo, a sua atuação como advogado.

Dez anos depois, em 1984, assumiu a Magistratura deste Estado como juiz substituto da 2ª Circunscrição Judiciária de Dourados, passando ainda nesta condição pelas Comarcas de Itaporã, Fátima do Sul, Maracaju e Glória de Dourados. Nos dois anos seguintes, foi juiz titular da Comarca de Aparecida do Taboado e, no ano de 1987, passou a juiz da comarca de Paranaíba. Em 1995, foi promovido para a Comarca de Campo Grande, tendo permanecido à frente do Tribunal do Júri por todo esse tempo. De 1995 a 1996, foi professor de Processo Penal na Universidade Católica Dom Bosco.

Entre os anos de 1996 e 1999, ensinou Direito Penal na UNAES e, de 2000 a abril de 2005, lecionou esta disciplina na UNIDERP (Universidade para o Desenvolvimento do Estado e Região do Pantanal). Exerceu também a cátedra nas Universidades da SOCIGRAN, em Dourados, e na Universidade Estadual em Paranaíba. Além disso, ministrou aulas inaugurais de Direito Penal aos novos magistrados na Escola Superior da Magistratura. Foi juiz eleitoral em Aparecida do Taboado, Paranaíba e em Campo Grande, na 8ª Zona, e juiz do Tribunal Regional Eleitoral. Foi também membro titular da 3ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais.

Participou ativamente de congressos, seminários e cursos de aperfeiçoamentos, tanto no Brasil como no exterior, conforme registrado no Conselho Superior da Magistratura.

Destaca-se ainda o recebimento de títulos de cidadão de Paranaíba e de Campo Grande e ainda de cidadão sul-mato-grossense, o que o faz um juiz querido e sensível também às causas sociais. Somado a tudo isso,

o ora Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso é um homem de bem com a vida, alegre, entusiasmado com o que faz.

O seu caráter e a sua lealdade o tornam cercado de uma legião de admiradores e amigos. Sabe partilhar o sucesso com os seus colaboradores e amigos (muitos aqui presentes) em momento de euforia, renovando a solidariedade. Com a família não poderia ser diferente. Além de sua admirável atuação profissional, é um esposo e pai exemplar e tem em sua esposa Elenice e seus filhos Juliana, Paulo Fernando e Eduardo os copartícipes de uma família estruturada, harmoniosa e feliz. Eis aí, senhoras e senhores, em rápida passagem, um juiz profícuo. O perfil de um magistrado que, com certeza, somará aos nossos trabalhos. Não podemos recusar o dever mínimo de justiça às esposas, cuja renúncia, amor e apoio são fundamentais em nosso dia a dia.

Nas comarcas por onde passamos suportam elas restrições de seus sonhos, alguns adormecidos, acompanhando com sublimação a missão do juiz, tudo em decorrência de uma vida abnegada que a sociedade exige para além da pessoa do juiz, abdicando, quase sempre, de suas profissões. E é por isso que, ao homenagearmos a Sra. Elenice, estendemos nossos aplausos a estes baluartes que na retaguarda prestam um relevante e terno serviço ao Poder Judiciário.

Bem sei que é perene a justiça. Sucedem-se os juízes, mantém-se o Tribunal. O Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso vem a suceder o ínclito Desembargador Gilberto da Silva Castro que, após um longo período de eficiente e exemplar desempenho no Poder Judiciário deste Estado, seguiu o caminho de muitos outros e, depois de completar o tempo necessário, buscou sua merecida aposentadoria, cumprindo Eclesiastes, 3.3-8: "Tudo tem seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu; tempo de plantar e tempo de arrancar o que se plantou." Aqui continuamos, senhoras e senhores, todos nós investidos provisoriamente na função de julgadores, no propósito juramentado de proporcionar a garantia dos direitos, orientados na célebre frase de Ulpiano: "dar a cada um o que é seu". Mas continuamos a viver momentos tormentosos em pleno século XXI, muitas vezes para cumprir bem as nossas tarefas, tentando nos esquivar de leis mal elaboradas e viciadas ou as aplicando nas mínimas brechas de justiças perquiridas pelo julgador atento, conforme orienta Capelletti em sua obra "Juízes Legisladores". Mas algo maior nos assusta. Nos últimos tempos, dois dos acontecimentos mais notórios no campo jurídico deságuam num rio onde não se permite impurezas: O cumprimento dos provimentos jurisdicionais. Cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final.

Esse dever de obediência de que trata o artigo 14 do Código de Processo Civil não é novidade. Voltemos aos tempos bíblicos, quando Paulo, na primeira Epístola a Timóteo, dizia: "A lei é feita para quem a descumpre." E o apóstolo segue dizendo: "Pelos Reis e por todos os outros que têm autoridade sobre nós ou que ocupem cargos de alta responsabilidade, a fim de que possamos vier em paz e tranqüilidade". A compreensão é simples: devem-se respeitar as autoridades, pois sobre elas recaem a responsabilidade de zelar pela ordem e essa ordem faz parte dos planos de Deus.

Por isso, a nossa preocupação com o descumprimento dos provimentos jurisdicionais com os dois quadros recentes. O primeiro, com a Proposta de Emenda Constitucional 12 que, dentre outras inconstitucionalidades, limita a receita de Estados e municípios para o pagamento dos precatórios da dívida pública.

Trata-se sim de uma verdadeira autorização para um calote público. Os direitos de um crédito desaparecem por meio de uma emenda. Esquecem os que pensam assim que a dívida é, antes de tudo, um compromisso moral, submetido a prazos que não lesem o credor, ressarcindo-o de prejuízos; que ali está um credor de dívida acumulada por muitos anos; uma vida inteira de sacrifícios desaparece com uma simples mágica...

Enfim, um crédito consolidado pela liquidez e certeza não poderia ser mais exigido. Essa Proposta de Emenda Constitucional nº 12 abala verdadeiramente a confiança do cidadão nas instituições do Estado e compromete a pureza do regime democrático de direito.

Autorizar esse cenário é o mesmo que permitir o descumprimento dos provimentos jurisdicionais. Com isso, viola-se a soberania do Poder Judiciário dentro da teoria da separação dos poderes tão bem desenvolvida por Montesquieu e abarcada pelo artigo 2º da nossa Carta Magna. A exigibilidade do crédito reconhecido contra a Fazenda Pública não pode ser comprometida. De nenhuma peculiaridade se reveste a sentença condenatória transitada em julgado proferida contra a Fazenda Pública. Tamanha é sua executoriedade que, por exemplo, podem compensar indébitos tributários com tributos devidos. Mas, se o credor quiser receber é preciso paciência! A tradicional fila dos precatórios já é no máximo o que chamamos de tolerância. Tolerância para o Estado se organizar e tempo para honrar as suas dívidas, mas nunca para submetê-las à instabilidade! O segundo recente fato também preocupa: a investida do então Governador do Estado do Maranhão em não cumprir a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que determinou a sua cassação. Quem viu essa notícia deve se perguntar: "Então podemos todos descumprir uma decisão judicial? Não acontece nada com quem as descumpre ?" Felizmente esses casos de descumprimento são isolados, embora recentes. Mas o Poder Judiciário deve estar atento a eventuais perspectivas e manter-se enérgico quando for necessário. Estamos falando dos casos de aplicação das penas oriundas da litigância de má-fé raramente utilizadas; da solicitação de autoridade policial em dar o flagrante delito para o crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal ou até mesmo de reanimar a possibilidade de inserir a prisão como medida de apoio às decisões de caráter não patrimonial, apta a figurar no parágrafo 5° do artigo 461 do Código de Processo, da qual a doutrina de LUIZ GUILHERME MARINONI é adepta.

Confesso que a idéia de transferir os problemas de descumprimento para o Direito Penal não me agrada. Porém, o Judiciário tem o dever de zelar pela autoridade que a Constituição Federal lhe impôs com unhas e dentes. Afinal, como disse LOURIVAL VILANOVA, "o direito não serve para coincidir com a realidade. Serve para incidir na realidade". E quem diz esse direito é o Estado-Juiz. Perdão pelo desabafo. Às vezes, aproveitamos esses momentos raros para expressar os nossos sentimentos e desejos. É que somos conscientes de que em cada processo judicial julgamos uma vida, pois lidamos com o patrimônio das pessoas, com a sua honra e com a sua própria liberdade.

Por fim, ilustre empossado, Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso, interpretando o sentimento de todos os eminentes Desembargadores, receba os votos de boas-vindas, o carinho e a estima de todos nós. Que Deus o proteja e o oriente nessa nova caminhada. OBRIGADO!

# DISCURSO DE POSSE DO DR. JÚLIO ROBERTO SIQUEIRA CARDOSO NO CARGO DE DESEMBARGADOR

Aos vinte e dois dias do mês de abril do ano de dois mil e nove

Entre fazer um pronunciamento técnico e, às vezes, cansativo e um outro sentimental e mais subjetivo, prefiro o segundo, embora saiba das dificuldades que terei em apresentá-lo até o fim. Senhores, eu estaria mentindo se lhes dissesse que hoje não é o dia mais importante de minha vida. Não podem imaginar Vossas Excelências do peso que me paira nos ombros neste instante, o que somado a meu regular estado emocional, me deixam ambos num estado que é uma mistura de irritação com ansiedade, de claro e escuro, de alegria com tristeza.

Enfim, tudo isso porque, pela primeira vez, compartilho de um mesmo momento em que se reúnem os verdadeiros responsáveis pela situação que ora me é estabelecida. De um lado, aqui estão meus colegas magistrados destes 25 anos e 17 dias de carreira, de onde estava a caminhar para os lados de onde o sol se punha, acompanhando a correnteza do meu velho Tietê, seguindo-o desde a suja cabeceira até que desembocasse no majestoso Paraná, para me por novamente em terra, neste centro-oeste brasileiro. Aqui, não ao final do arco-íris, como em contos parecidos, mas em toda a parte, encontrei o tão desejado "pote" da felicidade e da razão da vida. Quem mais estaria aqui me prestigiando nesta data maior? Vejo também a meu lado, sempre e sempre como o fez nestes últimos 34 anos, que aqui está meu amor maior, única razão de minha existência, Elenice Moriconi Garcia Cardoso, quietinha e sentada na primeira fileira bem a seu estilo de mulher companheira, parceira e amiga, que teve a coragem de abandonar o convívio de todos os nossos familiares, para acompanhar o sonho de seu marido, rumando da pujante e sempre saudosa Mogi das Cruzes, na Grande São Paulo, tomando os rumos deste nosso lado do Mato Grosso (do Sul).

Obrigado a minha sogra Maria Lina, parceira linha de frente tanto no embarque quanto na chagada de minha luta vitoriosa. Ao lado estão meus filhos Paulo Fernando, meu orgulho, com seus 29 anos de idade, junto da mulher que escolheu como sua, Maria Carolina, sua amada esposa e também nossa filha querida. Comigo ainda minha linda Juliana, exemplo de amor e dedicação, aquela mais querida e amada como os outros, e que a nosso exemplo integrou-se com esta terra de Rondon e, por certo, aqui há de firmar-se como uma outra guerreira em busca de seus ideais. A seu lado, nosso principal elo de ligação para com esta terra santa: Paulo Eduardo, com seus 23 anos a serem completados daqui há dois dias, gerado na minha sempre querida Aparecida do Taboado, talvez local escolhido por ele mesmo, pois ali o sol nasce primeiro e ali é o lugar onde os primeiros raios de luz se expõe neste nosso Mato Grosso do Sul. Como esquecer-me de você Fábio, meu cunhado preferido, amigo e torcedor de um jogo que começou a mais de 25 anos. Meus respeitos e agradecimentos também a você Suzana, que com ele igualmente me deu Isabela, com o compromisso do batismo.

Muito obrigado de verdade pela esperada e correspondida honrosa presença. Consigo ver, embora apenas em pensamento, (transportando suas imagens que igualmente as minhas, estão vivas e ansiosas) meus queridos pais Júlio e Zélia, que tiveram como infiel companheira a idade, de 92 anos para ele e 85 para ela, traiçoeira esta que os impediu de que presentes comigo, abrilhantassem essa benesse a mim concedida pela vida, na qual fui colocado por eles, certamente num ato de amor profundo.

Dos primeiros, meus colegas de profissão e trabalho, jamais poderia me esquecer de você, "Nego Silva" ou Desembargador Vladimir Abreu da Silva, o irmão que me acompanhou nessa jornada e é meu confidente nestes últimos 14 anos de Campo Grande. Você veio da longínqua Bauru, lutando ao lado de sua esposa e seus filhos, exemplo simplicidade, respeito e fidelidade. As palavras que a mim foram dirigidas pelo ilustre desembargador e, agora colega, Joenildo de Souza Chaves, marido de Clarisse, pai de Sofia, José e de Mateus,

são muito mais fincadas em nossa amizade, do que realmente eu as faça por merecer. Ser objeto de sua saudação, talvez tenha sido um dos meus maiores desejos nesta hora em que alcanço o último degrau de minha escalada profissional e não esperando que pudesse tão bem ser recomendado.

Confesso que quando em 1995 vim para Campo Grande, assumir uma Vara de Tribunais de Júri, um sobrenome não me deixava dormir pela preocupação que me causavam: eram vocês, "Trads", do tio Ricardo a Marcus e Fábio, este último, o eloqüente causídico que igualmente me saudou nesta tarde-noite. A cultura, a prática e o conhecimento dos mesmos lhes davam a fama de imbatíveis, a qual era estendida ao "velho Nelson", que foi dos maiores tribunos do Júri deste estado. Eram, e ainda hoje o são de fazer tremer até o mais experimentado dos juízes. Venci mais essa etapa e hoje não tenho apenas os quatro como amigos, pois Ricardo gerou Ricardinho, Assaf, José, Giovanna (minha aluna) e Isabella... Marcus é compadre por duas vezes de meu filho Paulo Fernando, graças as bênçãos que são Mariana e Alice e que Deus, indiretamente também colocou em nossas vidas. Fábio, guindado justamente ao cargo máximo da advocacia neste estado, classe esta a qual devo muito de meu desempenho profissional principalmente pelos seus expoentes que a exemplo de Fábio, sempre respeitaram a magistratura.

Tenho a honra de ter como amigos advogados: Renê Siufi, Onofre Costa Lima, Mario Peron, João Rosa, José Roberto Rodrigues Rosa, Evandro Mombrum de Carvalho e, para que não fique com cara feia e nem deixe de me dar agora, 03 beijos como desembargador, meu irmão legítimo Mansour Elias Karmouche, num parentesco resultante de uma engenharia genética combinada com um DNH SENIOR, de fazer inveja tanto à Cristo como a Allah. Falta um Trad ? – Pois não, com orgulho digo seu nome: Nelson Trad pai, escudeiro mor da magistratura estadual na longínqua Brasília. E se fosse filho? Também não haveria problema, pois é nada mais nada menos que o prefeito desta terra. Houve outra voz por mim ouvida nesta noite que igualmente me fez chegar até a crise do fôlego. O dono dela, discípulo direto do grande Fadel Iunes, colega de meus sinceros amigos e promotores de justiça José Eduardo Agi, Wilson Fortes, estes os primeiros e ainda os últimos, Paulo César e Luciana Rabelo Nagib Jorge, nunca me esquecendo do exemplar Luciano Lara, outro não é senão o ilustre Procurador-Geral de Justiça, Miguel Vieira da Silva, irmão de fé, colega e amigo de todas as horas. Pessoa com a qual se tem prazer em trabalhar junto e sempre idealista naquilo que entende por justo, e olhe que justiça é a sua predileção.

Obrigado Miguel, pelos anos em que me propiciou ser seu parceiro nessa jornada de lutas. Com certeza absoluta, voltaremos um dia juntos à sua querida Caruaru para voltar a participar do maior São João do mundo.

Eu seria ingrato ao extremo se não dirigisse apenas algumas palavras à esta instituição que tanto me foi cara e me apoiou sempre. Edna Nunes da Cunha, procuradora-geral: saiba que a vossa Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, também é um pouco minha, porque a vi nascer, crescer e alcançar o seu verdadeiro objetivo. Maria Salete Marques, minha defensora por mais de 10 anos, ininterruptos e com quem nunca tive qualquer espécie de atrito: saiba que sentirei, como hoje já começo a sentir, a sua falta e a de Humberto Senna. Vocês dois são espelhos que merecem ser seguidos para quem queira obter sucesso em suas vidas profissionais.

Quando aqui cheguei, mais precisamente em 06 de abril de 1985, em Dourados, minha roupa só foi deixada no então Hotel Alfonsus, pois logo em seguida, minha eterna mestra Des. Dagma Paulino dos Reis, e meu fiel companheiro universitário Eduardo Otávio Marcondes, demonstravam desde logo o que seriam os meus primeiros dias neste estado, eis que disputaram minha bagagem para que eu pudesse compartilhar suas casas na minha primeira permanência neste Mato Grosso do Sul. Lá, em Dourados, conheci um dos maiores magistrados deste estado, José Goulart Quirino, meu compadre, que apesar de não mais querer ter continuado na magistratura, para meu orgulho permanece com minha amizade e dedicação.

Eu, que tanto queria Itaporã desembargador Hildebrando, acabei indo para a minha comarca de primeira, a encantadora Aparecida do Taboado. Lá aprendi a gostar de música sertaneja e comecei a idealizar minha família judiciária. O Ubá, a Glorinha, Adriana, Savero, José Robson, Augustinho, que saudade das músicas fresquinhas do Vicente Dias, que eram cantadas ali, na hora pelo Cipózinho e pelo "Beto Enjoado". Aparecida

me deu Paulo Eduardo, meu último filho. E por uma força legal intransponível, meu deu também o direito de entender-me como sul-mato-grossense, aplicada por analogia a Lei do Estrangeiros. Quem tem filho em terra estranha, pode pleitear sua segunda cidadania.

Tal não seria necessário, pois alguns anos depois, Campo Grande me estenderia tal benefício e, no ano passado, Paranaíba igualmente me concedeu tal honraria. O tempo e a carreira mandaram-me para minha querida Paranaíba, cidade de gente amiga e que por certo comigo vai permanecer viva enquanto eu existir.

Que saudade dos meus tempos de juiz daquela cidade, onde desfrutei das melhores amizades de minha vida, e quase com certeza participei de quase todas as festas que lá eram promovidas.

As festas eram tantas que pulei dos meus 80 para os 120 quilos, quase sem perceber, mas comendo de tudo o que me era apresentado. Lembro-me que certa feita, eu havia vindo de Bertioga (SP), e trazido comigo mais de 30 quilos de camarão, para fazermos uma festa entre o pessoal do Fórum e a Camara Municipal. Escalado pelo presidente, na Antônio Boiadeiro, o vereador "Zé do Raimundo", ficou incumbido de "limpar" aquele "tal de camarão", que a noite seria servido na moranga, preparado pela mestre cuca Sônia Preta.

Pois bem, já no início da noite, abatido e exausto, Zé do Raimundo veio até mim, se desculpou, dizendo que não iria ficar para a janta, pois não agüentava mais, nem o cheiro do tal de "gafanhoto". Quantas festas, heim, Jaime? Dráusio, Hélio Pato, Zé Adão, Nescau, amigo Manoel Ovídio, Zé Brachiaria, atual prefeito, Magiclik, nosso motorista Antônio da Cota, depois guindado ao novo apelido de Tonho Bartira (pois tudo o que ganhava o bar tirava) Saudade do Oclecides, Julinho Melo, Carlão e tanta gente mais que foi embora sem ter tempo de apagar a luz.

Por fim, dessa minha caminhada pelo Estado, aportei nesta invejada terra de Campo Grande., onde deixei minha boca por conta do Mario Mangiolardo e meu coração a cargo do Marlon Bagattini. E vieram outras pessoas tão puras e de valor. Nerone meu vizinho predileto. Arroyo, jamais vou esquecer o título de cidadão sul-mato-grossense que você me deu. Geraldo, quanta alegria e felicidade com toda a família reunida. A propósito, não estou indo mais na missa das sextas-feiras de tarde, "pra ficar livre no final de semana" - seguindo seu conselho, vou aos domingos. E esse meu prédio então, que me fez conhecer o melhor amigo, quase aos 50 anos de idade. E por incrível que possa parecer, esse amigo número um é o Clei (o tio Creissonm), que me mostrou que amigo é mais que companheiro, amigo é mais que vizinho: AMIGO É PARCEIRO de todas as horas, ocasiões e vontades. Dali, passamos ao "puxadinho".

Uma turma especial de 20 amigos que toda semana se reúne num puxadinho do bairro Jockey Clube e onde fazemos o melhor de tudo, onde jogamos a melhor conversa fora...Obrigado, Bonato,Tony Chediac, Claudimor, Fernando Milfers, Lima, Des. Paschoal, amigo de todas as horas, Marilza companheira de sempre, Julizar, Josué Ferreira, Sebastião Teixeira ou "Tião da Coca-Cola", Luzimar "Neguinho", Luiz Carlos Silveira ou "Timo" e tanta gente mais.

O risco de se fazer uma fala sentimental é o esquecimento de quem não poderia ser esquecido. Este, sem dúvida, foi um risco que corri, mas perfeitamente consciente de que os esquecidos apenas não foram lembrados, mas continuam presente e vivos dentro do fundo de minh'alma. Meu preito de saudade a você, Luiz Carlos de Souza Athaide, que com certeza comigo celebra esta promoção.

E, para encerrar, lembro-me como se fosse agora, a primeira vez que, cheguei à cidade morena, capital deste meu Mato Grosso do Sul. Quanto mais eu chegava perto de Campo Grande, mais eu achava que algo lá de cima me chamava a atenção. Desconfiado de que algo de bom iria me acontecer, parei o carro olhei para o céu e pude ver que: "as estrelas do cruzeiro faziam sinal, que este é o melhor caminho, para quem é, como eu, mais um fugitivo da guerra". Obrigado Mato Grosso do Sul, Obrigado Almir Satter.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

# ÍNDICE ONOMÁSTICO



# JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

**Atapoã da Costa Feliz**

Apelação Cível n. 2008.019150-1 ..... 11

Apelação Cível n. 2008.025842-3 ..... 15

Mandado de Segurança n. 2008.033635-6 ..... 19

**Divoncir Schreiner Maran**

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2005.002217-3/0001-00..... 23

Apelação Cível n. 2006.006754-1 ..... 28

Agravo n. 2009.009103-9 ..... 36

**Dorival Renato Pavan**

Apelação Cível n. 2008.023639-3 ..... 41

Apelação Cível n. 2008.037621-9 ..... 48

Apelação Cível n. 2009.003695-4 ..... 52

**Fernando Mauro Moreira Marinho**

Apelação Cível n. 2008.003428-7 ..... 56

Apelação Cível n. 2009.004310-0 ..... 62

Apelação Cível n. 2009.007050-9 ..... 69

**Hildebrando Coelho Neto**

Apelação Cível n. 2007.031198-0 ..... 73

Mandado de Segurança n. 2008.006668-6 ..... 84

Apelação Cível n. 2009.001167-7 ..... 95

**Ildeu de Souza Campos**

Apelação Cível n. 2008.004058-9 ..... 100

Apelação Cível n. 2008.022085-7 ..... 104

Apelação Cível n. 2009.012405-3 ..... 109

**João Maria Lós**

Apelação Cível n. 2004.000889-9 ..... 112

Apelação Cível n. 2004.004906-4 ..... 117

Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2008.035613-8/0001-00 ..... 122

**Joenildo de Sousa Chaves**

Apelação Cível n. 2006.014425-2 ..... 126

Apelação Cível n. 2007.026341-4 ..... 131

Apelação Cível n. 2008.034722-5 ..... 134

**Júlio Roberto Siqueira Cardoso**

Apelação Cível n. 2005.000533-5 ..... 137

Apelação Cível n. 2005.011399-3 ..... 141

Apelação Cível n. 2009.000879-7 ..... 144

**Julizar Barbosa Trindade**

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.010951-2/0001-00..... 148

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.011299-7/0001-00..... 152

Agravo n. 2008.036301-6 ..... 157

**Luiz Carlos Santini**

Apelação Cível n. 2008.019636-7 ..... 160

Apelação Cível n. 2008.032750-8 ..... 164

Apelação Cível n. 2009.001677-0 ..... 168

**Luiz Tadeu Barbosa Silva**

Apelação Cível n. 2005.009097-0 ..... 173

Agravo n. 2008.032501-6 ..... 177

Agravo n. 2008.037856-7 ..... 183

**Oswaldo Rodrigues de Melo**

Apelação Cível n. 2008.015601-9 ..... 187

Apelação Cível n. 2008.029585-4 ..... 196

Apelação Cível n. 2008.030396-2 ..... 201

**Paschoal Carmello Leandro**

Apelação Cível n. 2006.008298-3 ..... 209

Apelação Cível n. 2007.012565-7 ..... 214

Apelação Cível n. 2009.007524-8 ..... 218

**Rêmolo Letteriello**

Apelação Cível n. 2009.007518-3 ..... 222

Apelação Cível n. 2007.032532-9 ..... 227

Apelação Cível n. 2008.015422-8 ..... 232

**Rubens Bergonzi Bossay**

Apelação Cível n. 2008.024128-4 ..... 235

Apelação Cível n. 2008.036876-2 ..... 240

Apelação Cível n. 2009.004244-5 ..... 244

**Sérgio Fernandes Martins**

Apelação Cível n. 2008.012775-7 ..... 250

Agravo n. 2008.037277-8 ..... 254

Mandado de Segurança n. 2009.004152-2 ..... 258

**Sideni Soncini Pimentel**

Apelação Cível n. 2006.004344-8 ..... 268

Apelação Cível n. 2008.010590-2 ..... 280

Apelação Cível n. 2008.014230-2 ..... 283

**Tânia Garcia de Freitas Borges**

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2006.011725-5/0001-00 ..... 287

Mandado de Segurança n. 2008.009885-8 ..... 296

Agravo Regimental em Agravo n. 2009.001631-6/0001-00..... 305

**Vladimir Abreu da Silva**

Apelação Cível n. 2004.012981-4 ..... 310

Apelação Cível n. 2005.001528-8 ..... 316

Apelação Cível n. 2006.019666-0 ..... 321

# JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

**Carlos Eduardo Contar**

Apelação Criminal em outros Processos n. 2008.022489-3 ..... 326

*Habeas Corpus* n. 2009.004353-3 ..... 330

*Habeas Corpus* n. 2009.009046-0 ..... 335

**Claudionor Miguel Abss Duarte**

Apelação Criminal n. 2008.031633-0..... 338

*Habeas Corpus* n. 2009.005065-5 ..... 346

Apelação Criminal n. 2009.005489-7 ..... 350

**João Carlos Brandes Garcia**

Apelação Criminal n. 2008.037518-3..... 358

Apelação Criminal n. 2009.008083-0..... 362

Apelação Criminal n. 2009.010497-2..... 365

**João Batista da Costa Marques**

Apelação Criminal n. 2008.036283-2..... 369

*Habeas Corpus* n. 2009.003946-2 ..... 374

Agravo Criminal n. 2009.006726-5 ..... 378

**Marilza Lúcia Fortes**

Apelação Criminal n. 2008.038419-9 ..... 382

Apelação Criminal n. 2009.006595-5 ..... 385

Apelação Criminal n. 2009.009609-1 ..... 390

**Romero Osme Dias Lopes**

Apelação Criminal n. 2008.021247-2..... 392

Apelação Criminal n. 2008.032255-3..... 400

Recurso em Sentido Estrito n. 2009.004792-6 ..... 405

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

# ÍNDICE DE ASSUNTO



# JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

**Ação anulatória**

Auto de infração. Estacionamento rotativo. Competência. Acesso às vagas de estacionamento em vias públicas. Delegação de autuação a particulares. Inocorrência (2009.007518-3) ..... 222

Cobrança. Empresa de aviação. Sociedade empresária de turismo. Venda de passagens. Cartão de crédito clonado. Fato exclusivo de terceiro. Ausência de responsabilidade (2008.019150-1) .....011

Doação. Imóvel rural. Filho. Escritura pública de doação. Ausência dos requisitos essenciais (2004.012981-4) ....310

Imunidade tributária. IPTU. Templo religioso (2008.034722-5) .....134

**Ação civil pública**

Constrição de propriedade. Imóvel gravado com servidão administrativa. Inexistência de empecilho para indisponibilidade (2009.009103-9)..... 036

Dano ao meio ambiente. Poluição de córrego. Curtume. Indenização. Recomposição do complexo ecológico atingido. Perícias existentes nos autos. Validade (2007.032532-9)..... 227

Dano ao meio ambiente. Poluição de córrego. Frigorífico. Obtenção de licença de operação. Interdição das atividades da empresa. Nexo de causalidade e conduta do recorrido. Não comprovação. Laudos periciais (2008.030396-2)..... 201

Desocupação de área de preservação permanente. Impossibilidade. *Periculum in mora* inexistente. Proibição de uso das edificações por terceiros. Impertinência (2008.037856-7)..... 183

**Ação de cobrança**

Contrato de *leasing*. Fiança prestada à pessoa jurídica arrendatária. Alteração do quadro social. Irrelevância. Impossibilidade de sub-rogação do fiador. *Pacta sunt servanda (*2005.009097-0) ..... 173

Prestação de serviços educacionais. Mensalidades escolares atrasadas. Atualização do débito.

Multa sobre o valor do material didático. Ausência de previsão contratual (2009.012405-3)..... 109

Seguro obrigatório - DPVAT. Invalidez parcial e permanente. Vinculação da indenização ao salário- mínimo. Percentual da invalidez permanente para fixação do *quantum*. Desnecessidade. Correção monetária. Incidência a partir do evento danoso (2009.004310-0) ..... 062

Tarifa. Assinatura mensal. Contraprestação pela disposição da linha telefônica. Prestação de serviço (2009.007050-9)..... 069

**Ação de perempção**

Venda de parcela de terreno em condomínio. Coisa indivisa, porém divisível. Inaplicabilidade do art.. 504 do CC/02. Direito de preferência. Inocorrência **(**2008.029585-4) ..... 196

**Ação cominatória**

Indenização. Pirataria. Semente de soja. Não comprovação (2006.011725-5/0001-00)..... 287

**Ação monitória**

Agravo retido. Decisão proferida em audiência. Prova pericial. Preclusão. Nota promissória. Quitação da dívida. Comprovação. Recibo. Prova testemunhal (2006.014425-2) ..... 126

**Aposentadoria especial**

Servidor público estadual. Exercício de atividade de risco. Raio X. Art. 40, § 4º, II, da CF. Norma dependente de complementação legislativa. Ausência de lei regulamentadora **(**2008.037621-9) ..... 048

**Aposentadoria por invalidez**

Doença do trabalho. Contribuinte portador de esquizofrenia. Transtorno mental incapacitante. Incapacidade e impossibilidade de reabilitação comprovados. Benefício devido (2008.025842-3) ..... 015

**Arrendamento mercantil**

Revisão contratual. CDC. Adoção dólar americano como indexador. Teoria da imprevisão. Equilíbrio contratual. Substituição pelo IGPM (2004.000889-9) ..... 112

**Arrendamento rural**

Ação de despejo. Pedido de tutela antecipada. Possibilidade. Inadimplemento contratual. Recibo de quitação. Procurador sem poderes específicos. Nulidade do ato (2009.001631-6/0001-00) ..... 305

**Cédula de crédito rural**

Previsão de rebate(abatimento). Prorrogação do prazo de pagamento. Aditivo contratual. Alongamento da dívida. Manutenção do direito ao rebate (2009.003695-4) ..... 052

**Contrato de seguro**

Imóvel. Cláusula contratual. Riscos não cobertos pelo seguro. Indenização indevida (2007.012565-7) ..... 214

**Danos materiais e morais**

Indenização. Aquisição de veículo furtado. Adulteração de chassi. Não identificação da fraude pelo Detran. Efetuação da transferência. Responsabilidade objetiva. Reparação devida (2009.004244-5) ..... 244

Morte de criança levada pela enxurrada. Responsabilidade objetiva do Município. Culpa exclusiva da vítima. Falta de sinalização e de grade protetora. Omissão. Não caracterizada. Indenização indevida (2008.024128-4) ..... 235

**Dano moral**

Conta corrente conjunta. Inadimplemento. Empréstimo contraído por apenas um dos correntistas. Inexistência de responsabilidade solidária. Inclusão do correntista no cadastro de órgãos de proteção ao crédito. Inscrição indevida (2004.004906-4) ..... 117

Assédio sexual em ambiente de trabalho. Prescrição. Violação continuada. Inocorrência. *Quantum* indenizatório. Ausência de provas constitutivas do direito da autora (2008.019636-7) ..... 160

**Defensoria Pública**

Ver honorários advocatícios ..... 218

**Doença do trabalho**

Ver aposentadoria por invalidez ..... 015

**Embargos à execução**

Fiança. Responsabilidade do fiador por negócios atuais e futuros. Previsão contratual. Anuência tácita comprovada (2005.002217-3/0001-00) ..... 023

**Embargos de terceiro**

Penhora. Bem imóvel residencial oferecido em garantia hipotecária. Pessoa jurídica. Impenhorabilidade. Inaplicabilidade do disposto no art. 3º, V, da Lei 8.009/90 (2007.026341-4)..... 131

Penhora. Imóvel gravado com usufruto vitalício. Possibilidade (2005.000533-5) ..... 137

**Exceção de incompetência**

Partilha de bens. Separação judicial. Competência. Domicílio do réu (2008.036301-6) ..... 157

**Execução fiscal**

Embargos. Contribuição de melhoria. Pavimentação asfáltica. Ofensa ao disposto no art. 82, § 1º, do CTN**.** Valorização do imóvel**.** Ônus que compete ao Município. Nulidade do lançamento (2009.000879-7) ..... 144

Firma individual. Inexistência de distinção entre o patrimônio da pessoa física e o patrimônio da microempresa. Redirecionamento da execução fiscal. Constrição de bens pessoais do contribuinte. Possibilidade (2008.037277-8).... 254

**Honorários advocatícios**

Embargos à execução. Interesse processual Legitimidade *ad causam*. Defensoria Pública. Lei Complementar estadual n. 94/2001 (2009.007524-8)..... 218

**Imposto sobre serviços**

Fato gerador. Local da prestação do serviço (2005.001528-8)..... 316

**Imposto sobre serviços**

Incorporação. Construção em terreno próprio. Empreendimento que objetiva a venda das unidades ideais. Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Equiparação a empreiteiro (2008.015422-8)..... 232

**Indenização**

Dano moral. Representação em órgão de classe. Ausência do propósito de ofender a honra do representado. Exercício regular de direito (2008.022085-7)..... 104

Danos morais e materiais. Responsabilidade civil do Estado. Prisão de suspeito de crime. Conduta policial. Violação de domicílio. Inocorrência. Inexistência do dever de indenizar (2005.011399-3) ..... 141

Empresa organizadora de eventos. Defeito na prestação do serviço. Direito de arrependimento. Desistência do negócio contratado por telefone dentro do prazo legal. Protesto de título e inscrição na Serasa. Indevidos. Dano moral puro. Dever de indenizar. Razoabilidade (2006.006754-1)..... 028

Retirada de aluno de sala de aula. Inadimplência. Conduta ilícita. Constrangimento. CDC. Dano moral *in re ipsa*. Configurado. *Quantum* (2008.023639-3)..... 041

**Mandado de Segurança**

Abono de permanência. Concessão. Servidores civis. Aposentadoria especial. Possibilidade. (2008.009885-8) ..... 296

Concurso público. Prova física. Força maior. Candidata que sofreu grave acidente de trânsito. Refazimento. Princípio isonômico (2008.033635-6)..... 019

Energia elétrica. ICMS. Demanda contratada. Energia efetivamente consumida (2008.006668-6)..... 084

Liminar. Isenção de ICMS. Compra de veículo automotor. Deficiente físico não condutor. (2008.035613-8/0001-00)... 122

Pagamento de pensão. Suspensão indevida. Não-ocorrência. Pedido de pensão deferido em mandado de segurança anterior. Determinação judicial cumprida (2008.004058-9)..... 100

Policial militar. Reforma. Promoção ao posto hierárquico superior. Prescrição do fundo de direito. Oficial demitido *ex officio*. Infração disciplinar. Competência (2007.031198-0)..... 073

Servidor público estadual. Substituição ilegal de gratificação incorporada. Parcela de irredutibilidade salarial. Gratificação de secretária de escola. Restruturação do sistema remuneratório efetuada pela Lei n. 3.519/08. Ausência de ilegalidade (2009.004152-2) ..... 258

**Obrigação de fazer**

Fornecimento gratuito de medicamento. Dever do Estado (2008.003428-7) ..... 056

**Pensão por morte**

Previdência municipal. Mãe que deseja receber pensão por morte do filho. Dependência econômica. Cumulação de pensão. Previdência geral e previdência municipal. Fontes de custeio distintas. Possibilidade (2008.012775-7) ..... 250

União estável. Companheira e ex-esposa. Rateio. Possibilidade. Termo *a quo*. Citação (2008.015601-9) ..... 187

**Plano de Saúde**

Cobrança. Internação de urgência. Hospital não conveniado. Dever de indenizar de acordo com a tabela AMB. Incidência do CDC (2009.001167-7) ..... 095

Obesidade mórbida. Cirurgia plástica reparadora. Excesso de tecido causado pelo emagrecimento. Fins terapêuticos. Responsabilidade do plano de saúde (2006.019666-0) ..... 321

**Possessória**

Conversão de ação possessória em ação petitória. Possibilidade. Julgamento antecipado. Admissibilidade. Posse injusta documentalmente provada (2008.032750-8) ..... 164

**Reintegração de possessória**

Comodato. Terra pública. Vencimento contratual. Benfeitorias necessárias e úteis. Indenização e retenção. Direito reconhecido (2008.014230-2) ..... 283

**Rescisão de contrato**

Compra e venda de soja. Estiagem prolongada. Onerosidade excessiva. Art. 478 do CPC (2007.011299-7/0001-00) ..... 152

**Responsabilidade civil**

Erro médico. Atendimento indevido. Indenização. Negligência. Responsabilidade objetiva do hospital. Teoria da perda da chance aplicada. Nexo causal. Danos morais cabíveis. *Quantum* (2006.004344-8) ..... 268

Instituição de ensino superior. Demora na emissão do diploma acadêmico. Impossibilidade de aumento salarial devido à demora do certificado. Servidor público municipal. Indenização por danos materiais e morais. Não-configuração (2008.036876-2) ..... 240

**Servidor público**

Ex-celetista. Contagem do tempo de serviço. Atividade insalubre. Possibilidade. Direito adquirido. Aposentadoria (2006.008298-3) ..... 209

**Sucessão**

Inventário. Partilha de bem imóvel. Viúva meeira. Aquisição do bem quando o casal vivia em união estável. Prova documental. Direito à meação (2008.032501-6) ..... 177

**União estável**

Sucessão. Art. 3º da Lei n. 8.971/94. Qualidade de herdeira. Direito à metade dos bens deixados pelo autor da herança (2007.010951-2/0001-00) ..... 148

**Usucapião extraordinário**

Posse não comprovada na integralidade. Procedência parcial da ação (2009.001677-0) ..... 168

# JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

**Abandono material**

Pensão alimentícia. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia mantida (2009.004792-6) ..... 405

**Arma de fogo**

Porte ilegal. Tráfico internacional de arma de fogo. Absolvição quanto ao delito do art. 18 do estatuto do desarmamento. Falta de provas. Redução da pena-base. Circunstâncias judiciais favoráveis. Confissão espontânea. Substituição da pena (2008.036283-2) ..... 369

**Crime de trânsito**

Extinção da punibilidade. Sentença. Nulidade. Arbitramento de quantia para reparação de danos causados à vítima. Concessão *ex officio*. Comprovação de causa exclusiva de culpabilidade. Ônus probatório da sentença (2009.005489-7) ..... 350

**Embriaguez ao volante**

Alteração legislativa. Art. 306 do CTB. Exame de alcoolemia. Absolvição sumária (2009.008083-0) ..... 362

**Estelionato**

Autoria e materialidade. Comprovação. Realização de empréstimos bancárias induzindo a vítima a erro, mediante ardil (2009.006595-5) ..... 385

**Esterilização cirúrgica**

Lei n. 9263/96, art. 15, *caput*. Sentença condenatória. Aplicação de causa de aumento. Não ocorrência. Princípio *in dubio pro reo*. Pena fixada mantida. Extinção da punibilidade (2008.032255-3)..... 400

**Execução penal**

Progressão de regime. Exame criminológico. Possibilidade (2009.006726-5) ..... 378

**Falsidade ideológica**

Formação de quadrilha ou bando. Renovação de CNH. Afastamento da indenização. Substituição da pena. Prestação pecuniária alternativa. Parcelamento. Possibilidade (2008.037518-3) ..... 358

**Furto**

Energia elétrica. Absolvição sumária. Prova de materialidade. Hipótese não contemplada no rol do art. 397 do CPP. Produção de prova. Instrução criminal. Possibilidade. Prosseguimento do feito (2009.010497-2)..... 365

***Habeas corpus***

Aborto provocado com o consentimento da gestante. Prescrição antecipada ou virtual. Falta de previsão legal. Ausência de sentença condenatória transitada em julgado. Extinção da punibilidade. Inocorrência (2009.009046-0) ..... 335

Clínica de planejamento familiar. Aborto. Impetração em favor de todas as pessoas atendidas. Inadmissibilidade (2009.005065-5) ..... 346

Prisão em flagrante. Crime de trânsito. Homicídio e tentativas de homicídios qualificados. Condução do veículo sem habilitação, sob efeito de álcool. Prisão preventiva. Necessidade da medida não demonstrada. Constrangimento ilegal (2009.004353-3) ..... 330

Uso de documento falso. Nulidade do processo. Fraude desde a distribuição. Não vislumbramento de fraude (2009.003946-2) ..... 374

**Homicídio**

Incidente de uniformização de jurisprudência. Rejeição. Apresentações das razões recursais a destempo. Mera irregularidade. Decisão dos jurados que afronta a evidência dos autos. Possibilidade de anulação (2008.031633-0) ..... 338

**Lesão corporal grave**

Justiça Militar. Agente que efetua disparo de arma de fogo municiada com bala de borracha para controlar detento que oferecia resistência e agredia agentes penitenciários. Cumprimento do dever legal. Absolvição (2008.021247-2) ..... 392

**Maus tratos**

Abuso de métodos corretivos para castigar o filho. Pena-base. Atendimento ao art. 59 do CP (2009.009609-1) ..... 390

**Medida sócio-educativa**

Criança e adolescente. Prática de ato infracional quando era ainda menor de idade. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Irrelevância (2008.022489-3) ..... 326

**Peculato**

Apropriação de valor público. Diárias. Vereador. Autoria e Materialidade demonstradas. Pena (2008.038419-9) .....382