Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 34 - n. 189
Julho a Setembro de 2013



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 34 - n. 189 - Julho-Setembro de 2013

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 34, n. 189

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

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

Revista trimestral de jurisprudência [*on-line*]. - n. 189 (2013)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2013 - .

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

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

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

Secretaria de Comunicação
Departamento de Relações Públicas

Revisão

Léa Maria Freire Palhano Goncalves

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

Diretoria

Presidente - Des. Joenildo de Sousa Chaves

Vice-Presidente - Des. João Batista da Costa Marques

Corregedora-Geral de Justiça - Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Des. Josué de Oliveira

Des. Joenildo de Sousa Chaves

Des. Atapoã da Costa Feliz

Des. Hildebrando Coelho Neto

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des. João Batista da Costa Marques

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Dorival Moreira dos Santos

Des. Marco André Nogueira Hanson

Des. Manoel Mendes Carli

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Francisco Gerardo de Sousa

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Desª Maria Isabel de Matos Rocha

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Des. Eduardo Machado Rocha

Juiz Designado Vilson Bertelli

SUMÁRIO

Jurisprudência Cível 036

Jurisprudência Criminal 342

Noticiário 534

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 553

Jurisprudência Criminal 556

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 559

Jurisprudência Criminal 564

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



2ª Câmara Cível
Apelação n. 0006514-39.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Designado Des. Atapoã da Costa Feliz

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL – TRANSPORTE AÉREO – VIOLAÇÃO DE BAGAGEM – EXTRAVIO DE PERTENCES – PROVA DA PROPRIEDADE DOS BENS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do revisor, vencido o Relator que lhe dava provimento.

Campo Grande, 18 de junho de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Compania Panamena de Aviacion (S/A Copa Airlines) interpôs recurso de apelação contra a sentença proferida nestes autos de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por Leonardo Kassar Moretzsohn de Castro e Daniela Kassar Moretzsohn, a qual julgou procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 1.002,42, e danos morais no valor de R$ 5.000,00 para cada autor, bem como nos ônus da sucumbência e honorários advocatícios de 10% sobre a importância da condenação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

1. não há prova de que os bens subtraídos estavam dentro da bagagem, não havendo assim nenhuma responsabilidade da empresa aérea a embasar a condenação em reparação por danos materiais;

2. de acordo com o artigo 750 do Código Civil, o valor da indenização em caso de extravio no transporte deve ser equivalente ao valor declarado em conhecimento aéreo;

3. a nova legislação civil pátria encontra-se em perfeita harmonia com a legislação aeronáutica (Convenção de Montreal e o Código Brasileiro de Aeronáutica), uma vez que a responsabilidade do transportador está limitada ao valor do conhecimento aéreo, sendo por meio deste que a companhia aérea toma ciência dos bens que os passageiros trazem consigo;

4. os bens que os apelados alegam terem sido subtraídos deveriam ter sido transportados na bagagem de mão e não nas malas;

5. o atendimento dado não pode ser considerado como ato ilícito e não há prova de que a ocorrência tenha causado frustração a ponto de ensejar indenização por danos morais, não passando de um aborrecimento;

6. em casos de transporte aéreo internacional, deve ser aplicada a Convenção de Varsóvia, a qual só permite indenização por danos comprovados e não por presunção, como no presente caso.

7. uma vez configurado danos morais, a indenização deve ter caráter compensatório, e não punitivo, impondo-se a redução do valor fixado.

8. a Convenção de Montreal revogou a Convenção de Varsóvia ambas sobre a execução de transporte aéreo, e sua existência afasta a incidência do Código Consumerista à situação em tela, devendo ser aplicada juntamente com o Código Civil.

Ao final, requer o provimento do recurso, para que sejam suprimidas ou reduzidas as excessivas condenações por danos materiais e morais.

A parte recorrida apresentou contrarrazões (f.149/162), protestando pela manutenção da sentença hostilizada.

VOTO (EM 11.6.2013)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (Relator).

Conforme relatado, trata-se de apelação interposta por Compania Panamena de Aviacion S/A Copa Airlines, objetivando a reforma da sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande que, nestes autos de ação de indenização por danos materiais e morais movida Leonardo Kassar Moretzsohn de Castro e Daniela Kassar Moretzsohn de Castro, julgou procedentes os pedidos para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 1.002,42, e R$ 5.000,00 a título de danos morais para cada autor. Em face da sucumbência, a requerida foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, e honorários advocatícios de 10% sobre a importância da condenação.

Em rápida síntese, os autores, ora apelados, ingressaram em juízo com a presente demanda sob o fundamento de que sofreram danos morais e materiais em razão de terem suas bagagens violadas com lacres rompidos, pertences revirados e furto de dois relógios no valor de R$ 1.002,42, fato ocorrido durante o trajeto do vôo internacional Cancun/MEX - Cidade do Panamá/PAN - São Paulo/BRA realizado através da companhia aérea requerida, ora apelante.

A ré em nenhum momento negou ter transportado os autores e suas bagagens, limitando-se a aduzir que os danos não restaram comprovados e que não tem responsabilidade sobre o evento, vez que por se tratar de pertences pessoais deveriam ser carregados na bagagem de mão, bem como que deve ser observada a limitação tarifada para o caso de indenização, nos termos da Convenção de Montreal.

Pois bem, entendo que assiste razão à apelante, e isto se deve a uma razão simples: objetos de uso pessoal e de valor elevado devem ser transportados na bagagem de mão dos passageiros, advertência essa que é feita pela ANAC e pelas companhias aéreas de forma ostensiva e reiterada no momento do embarque.

No entanto, sequer houve comprovação do despacho da bagagem e de que os relógios se encontravam em seu interior, vez que os autores não declararam tais objetos por ocasião do *check-in*, procedimento esse obrigatório quando o passageiro se sujeita a despachar tais bens, não havendo, portanto, fundamento a autorizar a responsabilização da empresa de transporte aéreo pelo furto supostamente ocorrido.

Anote-se, por oportuno, que todas as companhias aéreas disponibilizam em seu site e no balcão de embarque todas as informações referentes ao transporte de bagagem e aos objetos que não podem ser

despachados, orientando, ainda, que a bagagem de mão deve ser utilizada para o transporte de dinheiro, objetos de valor, documentos, equipamentos eletrônicos e acessórios.

Como se sabe, o passageiro ao despachar a bagagem é questionado sobre a existência de objetos frágeis, eletrônicos ou de valor em seu interior, sendo que em caso positivo assina termo de concordância isentando a empresa aérea de responsabilidade por tais pertences.

Tal situação é bastante corriqueira aos que utilizam esta espécie de transporte, sendo comum o seguinte aviso:

BAGAGENS – AVISOS IMPORTANTES.

NÃO SERÃO aceitos para transporte como bagagem registrada, artigos frágeis ou perecíveis, dinheiro, joias*, papeis negociáveis, ações ou outros valores, amostras ou documentos de negócios e aparelhos eletro-eletrônicos, tais como, CD-Players, câmeras de vídeo, discos, máquinas fotográficas, notebooks, telefones celulares, etc., incluídos seus respectivos acessórios.*

A Empresa não assume qualquer responsabilidade e por perdas ou danos resultantes, der qualquer natureza à bagagem despachada do passageiro que contenha tais artigos, ***podendo, entretanto, serem aceitos como bagagens de mão****, desde que enquadrados nos limites permitidos pela legislação.* **Destacados.**

A toda evidência, a responsabilidade pela declaração descritiva dos bens que despacha é do passageiro, por ser o proprietário e conhecedor dos pertences transportados, até porque seria impossível e inapropriada a revista de cada bagagem pelos funcionários das empresas aéreas. E se silencia a respeito de tais objetos, assume o risco de sua negligência e inobservância das regras elementares de transporte aéreo.

Como afirmado pela empresa ré, não havia razão alguma para que mencionados relógios fossem transportados em bagagem despachada.

Como se tratam de pertences miúdos e de valor elevado, pela lógica e pelo bom senso, o seu transporte só poderia ter sido feito na denominada "bagagem de mão". Acrescente-se a isso o fato de se cuidar de objeto delicado e de pequeno volume.

Assim, impende considerar que os autores desatenderam as recomendações da ANAC, amplamente divulgadas pelos meios de comunicação e costumeiramente reiteradas pelos funcionários das companhias aéreas, no sentido de que os objetos de valor de uso pessoal, notadamente dinheiro e jóias, devem ser transportados preferencialmente com o passageiro, na chamada bagagem de mão.

Confiram-se as recomendações da ANAC:

> *"Evite despachar bagagens que contenham objetos de valor, tais como: jóias, dinheiro e eletroeletrônicos (celulares, notebooks, filmadoras, etc). Esses objetos devem ser transportados, de preferência, na bagagem de mão." (2.1 Guia do Passageiro - ANAC) (grifei).*
>
> *"É recomendável não transportar objetos de valor na bagagem despachada. Esses objetos devem ser transportados preferencialmente em bagagem de mão." (2.7 Guia do Passageiro - ANAC).*

Desse modo, não há como deixar de reconhecer a negligência por parte dos apelados ao desobedecer às recomendações da ANAC e colocar seus relógios na bagagem despachada, os quais deveriam ser conservados em seu poder em segurança. Isso era um mínimo de prudência exigível de qualquer pessoa responsável.

Diante disso, se os objetos efetivamente foram subtraídos por terceiros desconhecidos (fato que não foi sequer suficientemente provado, existindo apenas a afirmação dos autores e a nota de compra), os únicos responsáveis por isso foram os passageiros, por sua imprudência, nada podendo reclamar da companhia, inclusive quanto aos "danos morais" que afirmaram ter sofrido.

A propósito leciona MARCO FÁBIO MORSELLO:

> *"(...) a inserção de valores em dinheiro e jóias não comportam ressarcimento na bagagem despachada, porquanto atrelados à bagagem de mão ou declaração prévia de valor com acondicionamento específico" (Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo. São Paulo: Atlas, 2006, p. 414).*

Portanto, a parte não faz jus à indenização pretendida por ausência de responsabilidade da empresa pelo transporte dos referidos pertences, visto que, assim como aparelhos eletro-eletrônicos, jóias e relógios devem permanecer na bagagem de mão do passageiro, e não ser despachados nas malas.

Nesse sentido:

> ***"Ementa:** PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Transporte aéreo. Viagem internacional. Extravio de bagagem. Mala que chega depois em outra aeronave, mas acaba roubada no trajeto para entrega na residência dos autores. Responsabilidade da empresa aérea, pois não tendo entregado a bagagem ao fim da viagem incorreu em mora e assim deve suportar os riscos pelo posterior perecimento do bem. Irrelevância, no caso, da alegação de caso fortuito ou de força maior (art. 399, Código Civil). Indenização que deve ser pelo valor dos efetivos prejuízos, aferidos segundo critérios de razoabilidade. Dano moral. Ocorrência. Valor concedido que observa critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Impossibilidade de redução, ademais, porque o recurso adesivo sequer pode ser conhecido, pois ao depositar o valor da condenação, sem nenhuma ressalva, a ré praticou ato incompatível com a vontade de recorrer (art. 503, CPC). Recurso dos autores conhecido e parcialmente provido, não conhecido o adesivo da ré. 1. Se o transportador não entrega a bagagem ao final da viagem incorre em mora e consequentemente assume os riscos por eventual roubo posterior do bem. 2. Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a tarifação por extravio de bagagem prevista na Convenção de Varsóvia não prevalece, podendo a indenização ser estabelecida em valor maior ou menor, consoante a apreciação do magistrado no tocante aos fatos acontecidos 3. **A inserção de valores em dinheiro e jóias não comportam ressarcimento na bagagem despachada, porquanto atrelados à bagagem de mão ou declaração prévia de valor com acondicionamento específico** 4. ?Cabe indenização a título de dano moral pelo atraso de vôo e extravio de bagagem. O dano decorre da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, não se exigindo prova de tais fatores.? 5. ?Pode a recorrente, a fim de evitar a incidência da multa de 10% (dez por cento) a que alude o art. 475-J, CPC, depositar o valor da condenação e recorrer. Para que não configure, no entanto, aceitação tácita da decisão, e o recurso interposto não seja conhecido, tem o recorrente de ressalvar expressamente que deposita para efeitos de evitar a incidência da multa. Do contrário, inexistindo ressalva, tem-se que entender que o condenado cumpriu a decisão sem reservas, aceitando-a tacitamente, sendo o recurso eventualmente interposto inadmissível."*
>
> *(TJSP -0038998-88.2009.8.26.0562 Apelação* **Relator(a):** *Gilberto dos Santos* **Comarca:** *Santos* **Órgão julgador:** *11ª Câmara de Direito Privado* **Data do julgamento:** *15/12/2011) Destaquei*
>
> ***"Ementa:** INDENIZAÇÃO - Danos materiais e morais - Transporte aéreo - Danos em maleta embarcada - Alegação de que nela existia máquina fotográfica que teria sido subtraída por desconhecidos - Prova precária - **Imprudência do passageiro que sabia***

> ***que equipamentos como esse deveriam ser transportados com ele em bagagem de mão - Ausência de responsabilidade da empresa aérea pelos danos alegados efetivamente na inicial - Apelo da ré provido****, não provido o recurso adesivo do autor."*
>
> *(TJSP - 9053902-94.2009.8.26.0000 Apelação / Seguro* **Relator(a):** *Ulisses do Valle Ramos* **Comarca:** *São Paulo* **Órgão julgador:** *13ª Câmara de Direito Privado* **Data do julgamento:** *29/07/2009) Destaquei.*
>
> ***"Ementa: Responsabilidade civil - Transporte aéreo - Furto de aparelho eletrônico que se encontrava em bagagem despachada - Ausência de comprovação do referido despacho - Ônus do qual o autor não se desincumbiu,- nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil - Disponibilização, pela empresa aérea, de informações referentes aos itens que devem ser despachados em bagagem de mão - Dever de indenizar afastado - Danos materiais e morais não configurados - Ação- improcedente - Apelação provida."***
>
> *(TJSP - 9086877-43.2007.8.26.0000 Apelação / Seguro* **Relator(a):** *José Reynaldo* **Comarca:** *Bauru* **Órgão julgador:** *12ª Câmara de Direito Privado* **Data do julgamento:** *11/03/2009). Destaquei.*

Deste modo, não demonstrado o fato constitutivo do seu direito (art. 333, do CPC), ante o desrespeito das normas de conduta, com o armazenamento inadequado dos bens na bagagem registrada quando deveria ser na de mão, não obstante avisos ostensivos neste sentido, descabe aos autores da demanda qualquer indenização material ou moral.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para julgar improcedente a pretensão inicial formulada por Leonardo Kassar Moretzsohn de Castro e Daniela Kassar Moretzsohn de Castro nesta ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em face de Compania Panamena de Aviacion S/A Copa Airlines.

Em consequência, inverto os ônus da sucumbência, devendo os autores arcar com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios em prol do patrono da parte adversa, que fixo, por equidade, em R$ 1.000,00 (hum mil reais), nos termos do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil.

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

VOTO (EM 18.6.2013)

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

Nego provimento ao recurso e mantenho a sentença de 1° grau.

Consta dos autos que Leonardo Kassar Moretzsohn de Castro e Daniela Kassar Moretzsohn de Castro ajuizaram ação de indenização por danos materiais e morais em face de Compania Panamena de Aviacion S/A – Copa Airlines sob a alegação de que no dia 14.1.2012, ao retornarem da viagem que fizeram a Cancúm, tiveram a bagagem violada e o furto de dois relógios que haviam adquirido no passeio.

O magistrado julgou procedente o pedido, condenando a empresa recorrida ao pagamento de dano material em R$ 1.002,42 e danos morais de R$ 5.000,00.

A requerida interpôs recurso de apelação, sendo que o Desembargador Relator em seu voto deu provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, pois os objetos deveriam ser transportados na bagagem de mão e não despachados, como fizeram.

Peço vênia para discordar do E. Relator.

No caso, os autores recorridos comunicaram à empresa recorrente a violação da bagagem e o furto dos objetos no momento da retirada das malas, oportunidade em que também registraram boletim de ocorrência no 3.º D.P. do Aeroporto de Guarulhos, f. 31-2.

A propriedade dos referidos bens ficou comprovada com a apresentação das notas fiscais de f. 27, nas quais constam a aquisição dos relógios durante a viagem da qual estavam retornando.

Assim, para descaracterizar a responsabilidade pelo pagamento dos referidos pertences caberia à empresa aérea demonstrar ou, pelo menos, apresentar indícios de provas de que os objetos não se encontravam na bagagem violada, o que não foi feito, pois na contestação apenas questiona o fato de os autores ter transportado os bens na bagagem despachada e não nas malas de mão.

Neste momento, não se questiona apenas o furto dos relógios, mas também a violação da bagagem, com o consequente defeito na prestação do serviço pela empresa aérea, porquanto esta no momento em que vendeu as passagens incumbiu-se da obrigação de prestar o serviço de transporte aéreo com qualidade e segurança, sob pena de responder objetivamente pelos danos sofridos pelo consumidor.

Aqui não restam dúvidas quanto à verossimilhança das alegações dos autores, visto que ficou comprovada a aquisição dos relógios durante a viagem e também a violação da bagagem, tornando incontroverso o dever da empresa em indenizar os prejuízos suportados pelos passageiros.

Além do mais, deve-se ressaltar que o boletim de ocorrência é documento dotado de presunção *"iuris tantum"*, ou seja, presunção relativa, sendo válida até prova em contrário e, conforme esclarecido, a recorrente não apresentou provas capazes de ilidirem a referida presunção.

No que se refere às normas da ANAC, em que se declara ser a bagagem de mão adequada para transportar itens de uso pessoal, é certo que se trata de mera recomendação, não se apresentando suficiente para afastar a responsabilidade das empresas aéreas em devolver as bagagens da mesma forma como foram entregues pelos passageiros no momento do embarque, sobretudo nos casos em que fica demonstrada a violação de malas, com o furto de objetos, conforme ocorreu com os recorridos.

Impõe-se acrescentar que neste caso aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor, nos termos sentença:

> *"Ademais, tratando-se de suposto dano advindo de uma relação jurídica consubstanciada em um contrato de transporte, no qual a responsabilidade do transportador é de resultado (o transportador se obriga a levar o passageiro e suas bagagens ao destino, a salvo e incólume), não há necessidade de verificação da culpa do transportador, bastando, para a configuração da sua responsabilidade civil, a demonstração do nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a atividade de transporte, ressalvada a hipótese de força maior. Nesse sentido é a regra estabelecida pelo artigo 734 do Código Civil:*
>
> *'Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.'"* (f. 125- verso).

A questão da violação de bagagens nos aeroportos do nosso país, infelizmente, se tornou algo corriqueiro, sendo objeto de constantes notícias na imprensa falada e escrita e, principalmente, nos meios de comunicação virtual, além de ser mais um dos casos que ajudam a abarrotar o Judiciário.

Diante de tudo isso conclui-se que ficando comprovada a desídia da empresa recorrente em não entregar a bagagem da mesma forma como fora apresentada no embarque, a esta cabe o dever de indenizar os autores pelos dois relógios extraviados de suas malas, conforme descrito na inicial.

Do mesmo modo, entende-se que deve ser mantida a indenização pelos danos morais suportados pelos recorridos, por não se tratar de mero transtorno, tanto que tiveram de procurar o departamento da polícia civil dentro do aeroporto de São Paulo para comunicarem o ocorrido.

A questão já foi por diversas oportunidades apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *"TRANSPORTE AÉREO - ATRASO DE VÔO E EXTRAVIO DE BAGAGEM - DANO MORAL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CONVENÇÃO DE VARSÓVIA – DANOS MATERIAL E MORAL FIXADOS EM PRIMEIRO GRAU - APELAÇÃO - REFORMA DA SENTENÇA - RECURSO ESPECIAL - PRETENDIDA REFORMA - SENTENÇA DE 1º GRAU RESTABELECIDA - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.*
>
> *I - Prevalece o entendimento na Seção de Direito Privado 'de que tratando-se de relação de consumo, em que as autoras figuram inquestionavelmente como destinatárias finais dos serviços de transporte, aplicável é à espécie o Código de Defesa do Consumidor' (REsp 538.685, Min. Raphael de Barros Monteiro, DJ de 16/2/2004).*
>
> *II - De igual forma, subsiste orientação da E. Segunda Seção, na linha de que 'a ocorrência de problema técnico é fato previsível, não caracterizando hipótese de caso fortuito ou de força maior', de modo que 'cabe indenização a título de dano moral pelo atraso de vôo e extravio de bagagem. O dano decorre da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, não se exigindo prova de tais fatores' (Ag. Reg. No Agravo n. 442.487-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09/10/2006).*
>
> *III - Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido também em parte, para restabelecer-se a sentença de primeiro grau, fixada a indenização por dano material em R$194,90 e, por seu turno, a relativa ao dano moral na quantia de R$5.000,00, atualizáveis a contar da data da decisão do recurso especial." (REsp 612.817/MA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 08/10/2007, p. 287).*

Esta questão também foi objeto de apreciação por este Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – TRANSPORTE AÉREO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ARTIGO 734 DO CÓDIGO CIVIL.*
>
> *I) A relação jurídica entre passageiro e a companhia aérea amolda-se em típica relação de consumo, porquanto esta se encaixa no conceito de fornecedor do art. 3º do CDC e aquele no de consumidor, previsto no art. 2º do mesmo código.*
>
> *II) A teor do art. 734 do CC, "o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior (...)".*
>
> *(...)*

VIOLAÇÃO DE BAGAGEM E EXTRAVIO DE PERTENCES – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, do CDC – INDENIZAÇÃO DEVIDA.

I) Sendo verossímeis as alegações do autor, visto que em nenhum momento foi contestada a violação da bagagem, impõe-se a aplicação da regra do art. 6º, VIII, do CDC, com a inversão do ônus da prova.

II) É devida a indenização por danos materiais do viajante que tem sua bagagem violada e pertences extraviados, além dos danos morais.

DANOS MORAIS – QUANTUM INDENIZATÓRIO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I) O quantum da indenização por danos morais deve ser fixado com prudente arbítrio pelo juízo ou Tribunal, de forma que não seja tão elevado que venha a constituir em enriquecimento indevido do autor, nem irrisório a ponto de permitir a continuidade da prática de atos de idêntica natureza em face de outros consumidores dos seus serviços.

II) Recurso das requeridas conhecido e improvido." (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.036444-8/0000-00 - Campo Grande, Rel. Des. Dorival Renato Pavan).

Posto isso, peço vênia ao e. Relator para negar provimento ao recurso e manter a sentença de primeiro grau.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Vogal).

Acompanha o voto do revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO REVISOR, VENCIDO O RELATOR QUE LHE DAVA PROVIMENTO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 18 de junho de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0039704-95.2009.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PÓS–MORTE – NÃO COMPROVAÇÃO DO RELACIONAMENTO COM INTENÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CÍVIL E DO ART. 226, §3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DEMONSTRAÇÃO DO RELACIONAMENTO DE NAMORO ENTRE O CASAL QUE NÃO CARACTERIZA UNIÃO ESTÁVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, foi indeferido o pedido de adiamento de fls. 369. Por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de junho de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de apelação interposta por B. de L. H. S. em face da sentença proferida na ação declaratória de união estável contra o Espólio de A. de S. M., representado pelo inventariante A. B. M., consistente na improcedência do pedido.

A recorrente alega, em síntese, que a continuidade e a durabilidade da relação com o "de cujus" por mais de dois anos seguidos ficaram comprovadas através dos depoimentos de testemunhas e demais documentos.

Afirma que o fim do relacionamento do casal se deu com o falecimento do convivente.

Sustenta que o fato do "*de cujus*" não ter relacionado a autora como dependente para fins previdenciários não é razão suficiente para afastar a existência do objetivo de constituir família.

Assevera que diante das provas produzidas conclui-se pelo reconhecimento de união estável do casal, pois a falta de coabitação em tempo integral não tem o condão de afastar a união estável.

Ressalta que mesmo sem ter comprovada sociedade de fato, permanece a necessidade de se definir a existência ou não da união estável, pois se restar confirmada, haverá presunção de colaboração e direito à partilha do patrimônio.

Por fim, requer a reforma da sentença para julgar procedente o pedido de reconhecimento de união estável com inversão da condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Apresentadas as contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta por B. de L. H. S. em face da sentença proferida na ação declaratória de união estável contra o Espólio de A. de S. M., representado pelo inventariante A. B. M., consistente na improcedência do pedido.

A recorrente alega, em síntese, que a continuidade e a durabilidade da relação com o "de cujus" por mais de dois anos seguidos ficaram comprovadas através dos depoimentos de testemunhas e demais documentos.

Afirma que o fim do relacionamento do casal se deu com o falecimento do convivente.

Sustenta que o fato do "*de cujus*" não ter relacionado a autora como dependente para fins previdenciários não é razão suficiente para afastar a existência do objetivo de constituir família.

Assevera que diante das provas produzidas conclui-se pelo reconhecimento de união estável do casal, pois a falta de coabitação em tempo integral não tem o condão de afastar a união estável.

Ressalta que mesmo sem ter comprovada sociedade de fato, permanece a necessidade de se definir a existência ou não da união estável, pois se restar confirmada, haverá presunção de colaboração e direito à partilha do patrimônio.

Por fim, requer a reforma da sentença para julgar procedente o pedido de reconhecimento de união estável com inversão da condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais.

A sentença não merece reforma.

Como é cediço, os requisitos legais para o reconhecimento de união estável estão consagrados no artigo 1.723 do Código Civil, *in verbis*: *"É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família"*.

Para que seja declarada a união estável é imprescindível que a autora comprove a relação pública, contínua, duradoura e destinada à constituição familiar.

Assim, tratando-se de união estável os requisitos legais devem estar comprovadamente evidenciados na conduta do casal.

Cumpre, ainda, observar que o artigo 1.566 do Código Civil traz em seu conceito o instituto da *affectio maritalis* que se trata de princípio norteador do casamento ao estabelecer as características de fidelidade recíproca, vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, se houver, e respeito e considerações mútuas, que devem estar presentes na relação com o objetivo de constituir o núcleo familiar, como é da união estável.

No caso, a recorrente alega ter convivido com o "*de cujus*" pelo período de dois anos, com início em meados de julho de 2005 até a ocorrência do falecimento em 31/08/2007.

É imprescindível destacar que os filhos do falecido não reconhecem a alegada união estável entre a recorrente e seu pai. (fls. 147-152).

Observa-se do contrato de locação (fls. 154-157) e das contas de água, de telefonia e TV por assinatura (fls. 160-165) constando que o "*de cujus*" residiu na Rua Agnaldo Troury, 37, Vila Marisa no período de 01/12/2003 a 31/05/2006, endereço diverso da recorrente.

Verifica-se, posteriormente, que o falecido mudou-se para o Hotel Proença a partir de junho de 2006, conforme se nota da declaração do proprietário do estabelecimento (f. 166), do recibo da empresa de Mudanças Popular (f. 167) e outras contas das empresas Vivo, Tim, cartão de crédito do Itaucard, Banco HSBC e do Conselho Regional de Medicina Veterinária (fls. 168-175), inclusive a certidão de óbito constou como seu último domicílio na Rua Dr. Euler de Azevedo, 583, Bairro São Francisco (f. 176).

O boletim de ocorrência registrado em 31/08/2007 relata a ocorrência da morte do "de cujus" no Hotel Proença e sem a companhia da recorrente: *"(...) Comparece nesta Delegacia o comunicante o qual é cunhado da vítima, noticiando que o Sr. A. de S. M. era viúvo e residia em um Hotel (Apart Hotel Proença), no endereço situado na Avenida – Euler de Azevedo 583, nesta. Ocorre porém, que por volta das 18h55min, foi avisado por alguns familiares, noticiando que viram o banheiro do hotel "ligado", sendo chamado um chaveiro para abrir a Porta do Hotel, havendo a vítima sido localizado caído no interior do banheiro encostado na parede e ao Box, já sem vida, tendo em vista que estava sem os sinais vitais. Diante dos fatos, foi acionada uma Guarnição do Corpo de Bombeiros e a Perícia Técnica que compareceu no local efetuando os levantamentos de praxe. Por fim o comunicante esclarece que o Sr. A. de S. M. era viúvo, tinha diabetes, fumava muito, e morava sozinho no Apart Hotel".* (fls. 177-178).

Pelas provas testemunhais (fls. 295-297) percebe-se apenas a ocorrência de relacionamento amoroso caracterizado como namoro, não evidenciada a convivência de união estável como entidade familiar.

Verifica-se que a testemunha arrolada pelos recorridos, A. J. P., afirmou: *"(...) que é proprietário do hotel Proença onde A. de S. M morava. Que A. de S. M. faleceu no hotel, no quarto dele sozinho. Que, pelo nome, não conhece* B. de L. H. S*, mas sendo apresentado a requerente nesta audiência, a reconheceu, sendo que ela foi no hotel, modificou o apartamento em que A. de S. M. iria morar, do jeito que ela queria. Depois disso, raramente a via no hotel. Que o depoente tinha certa intimidade com A. de S. M. e ele falava que ela era namorada dele. Ela não chegou a morar com ele no hotel. Ele não chegou a morar na casa dela, pois ele não saía do hotel".* (f. 295).

Por outro lado, as próprias testemunhas arroladas pela autora (f. 247) também não confirmaram a alegada convivência mútua do casal, pois as afirmações são condizentes de que houve relacionamento de namoro e que ambos não residiam juntos (fls. 296-298).

Primeiro, a testemunha J. S. M. relatou a convivência do casal como namoro, inclusive, confirmou sobre a residência do falecido no Hotel Proença, local em que ocorreu o falecimento: *"(...) conhece a autora desde setembro de 2005. Ela se relacionou com A. de S. M. Por volta dessa data, ela iniciou um relacionamento com ele. Ora ele a apresentava como namorada, ora, mais recentemente para os amigos como companheira. No início desse relacionamento ele morava numa casa no bairro Cabreúva, eventualmente com a presença de um dos filhos. Depois ele foi morar no hotel Proença, sozinho. Ele nunca morou com ela. Ela passava os fins de semana normalmente na casa dela. (...) Dependendo do ambiente social, A. de S. M. apresentava B. de L. H. S. como namorada, mas no meio dos amigos se referia a ela como companheira, não sempre. (...) ele faleceu no hotel Proença, sozinho; ele tinha acabado*

de sair do trabalho, o filho ligou, ele não atendeu o telefone, e indo até lá o filho encontrou ele morto no apartamento". (f. 296).

A segunda testemunha, A. D. J., afirmou que o relacionamento do casal era de namoro: *"(...) Ele morava num flat e ela na casa dela, (...) Que as pessoas conheciam os dois como namorados. (...) Não sabe se eles chegaram a adquirir algum patrimônio juntos".* (f. 297).

A terceira testemunha, S. D. C., também relatou: *"(...) Que B. de L. H. S. e A. de S. M. eram namorados. Que ele convivia com ela de vez em quando, dormindo na casa dela e passando finais de semana na casa dela de vez em quando. (...) Ele morava num apart hotel. (...) Não sabe se eles adquiriram patrimônio juntos. (...) Que os dois B. de L. H. S. e A. de S. M., tinham um relacionamento. Namoro foi a forma de o depoente expressar esse relacionamento. (...) União estável para o depoente seria morar junto. (...) Não presenciou ele falando sobre formar família ou dividir bens".* (f. 298).

Portanto, extrai-se das provas testemunhais que não houve relacionamento amoroso capaz de caracterizar união estável com a intenção de formar família entre o casal, conforme normatiza o art. 226, §3º da Constituição Federal e art. 1.723 do Código Civil.

Como bem observado na sentença: *"(...) A requerente, na impugnação à contestação, procurou justificar o fato de A. de S. M. er endereço também em um hotel dizendo que nem sempre ele dormia na casa da requerente. Só que as testemunhas inquiridas esclareceram que A. de S. M. morava no hotel e de vez em quando dormia na casa da requerente. (...) Os depoimentos das testemunhas (f. 296, 297, 298 e 299) apontam que a relação entre os dois não era com o objetivo de constituição de família, caracterizando mais um namoro entre duas pessoas maduras, viúvos, que preferiam não se unir como se casados fossem, tantos que muitos os conheciam como namorados, não havendo assim notoriedade quanto a união estável. (...) Veja-se que sequer amealharam bens em comum durante o relacionamento, e que a pretensão de reconhecimento de união estável por parte da requerente tem por objetivo principal tornar-se beneficiária de pensão por morte junto à Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, órgão ao qual A. de S. M. era vinculado. Se A. de S. M. realmente tivesse intenção de estabelecer união estável com a requerente, como ela alega, por certo uma das primeiras providências que tomaria seria regularizar a situação para colocá-la como sua dependente para fins previdenciários, dando segurança à sua "companheira" caso viesse a falecer".* (fls. 328-329).

Desse modo, não restou demonstrada a comunhão de vida familiar e social para ensejar o reconhecimento de união estável como pretende a recorrente.

Nesse sentido apontam as decisões jurisprudenciais, *in verbis:*

> *"APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. NÃO RECONHECIMENTO. SENTENÇA CONFIRMADA. PRECEDENTES. Nos termos da legislação civil vigente, para o reconhecimento de união estável, incumbirá a prova, àquele que propuser o seu reconhecimento, de que a relação havida entre o casal é, ou foi, pública, contínua, duradoura e destinada à constituição de um núcleo familiar. Não comprovadas a alegação de coabitação e a presença da affectio maritalis no relacionamento amoroso descrito nos autos, mister a ratificação da sentença que julgou improcedente a pretensão, mormente porque verossímil a existência de mero namoro entre as partes. APELO DESPROVIDO."(Apelação Cível N. 70052761012, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, julgado em 08/05/2013).*
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. INSS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. NÃO RECONHECIMENTO. SENTENÇA REFORMADA. PRECEDENTES. Tratando-se de*

ação que visa à declaração de união estável entretida entre a autora e o falecido, inexiste razão para que o INSS integre o polo passivo, por ser parte ilegítima para figurar na ação, mesmo que a sentença possa ter reflexos previdenciários. Precedentes. Nos termos da legislação civil vigente, para o reconhecimento de união estável, incumbirá a prova, àquele que propuser o seu reconhecimento, de que a relação havida entre o casal é, ou foi, pública, contínua, duradoura e destinada à constituição de um núcleo familiar. Não comprovadas a alegação de coabitação e a presença da affectio maritalis no relacionamento amoroso descrito nos autos, mister a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão, mormente porque verossímil a existência de mero namoro entre a autora e o falecido genitor dos réus, constituído e findo com o óbito. APELO PROVIDO." (Apelação Cível N. 70051111581, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 08/05/2013).

"APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. A união estável, assemelhando-se a um casamento de fato, requer comunhão de vida e de interesses, exigindo publicidade e estabilidade, e, principalmente, um caráter familiar, ostentado pela affectio maritalis. Não ficando comprovada a intenção das partes de manterem um relacionamento com o objetivo de constituição de família, não se pode reconhecer a convivência em união estável. RECURSO DESPROVIDO." (Apelação Cível N. 70053579843, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 24/04/2013).

Posto isso, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

FOI INDEFERIDO O PEDIDO DE ADIAMENTO DE FLS. 369. POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 25 de junho de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0066378-81.2007.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE QUITAÇÃO – FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – CONTRATAÇÃO DE SEGURO PRESTAMISTA – MORTE DA MUTUÁRIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RELAÇÃO DE CONSUMO – INEXISTÊNCIA DE CÁLCULOS DEMONSTRANDO A AUSÊNCIA DE COBRANÇA DO SEGURO – BAIXA DO GRAVAME – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de julho de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Banco Finasa S/A interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação de Quitação, ajuizada por Espólio de Luzinete Tavares de Lima.

A sentença consiste na procedência dos pedidos para reconhecer a contratação do seguro prestamista e declarar a quitação do contrato de financiamento para aquisição de veículo.

Sustenta o recorrente que o contrato celebrado com a falecida Luzinete Tavares de Lima possui plena validade e se trata de ato jurídico perfeito, no qual não foi contratado o seguro prestamista.

Aduz que é dever da parte autora comprovar suas alegações e que não cabe à instituição financeira provar a não contratação do seguro, não havendo falar em inversão do ônus da prova.

Pede a manutenção do registro da alienação fiduciária no documento do veículo, sob o argumento de que o ajuizamento da ação não tem o condão de liberar o gravame.

Ao final, requer a inversão do ônus da sucumbência.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso.

VOTO

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

Banco Finasa S/A interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação de Quitação, ajuizada por Espólio de Luzinete Tavares de Lima.

A sentença consiste na procedência dos pedidos para reconhecer a contratação do seguro prestamista e declarar a quitação do contrato de financiamento para aquisição de veículo.

Sustenta o recorrente que o contrato celebrado com a falecida Luzinete Tavares de Lima possui plena validade e se trata de ato jurídico perfeito, no qual não foi contratado o seguro prestamista.

Aduz que é dever da parte autora comprovar suas alegações e que não cabe à instituição financeira provar a não contratação do seguro, não havendo falar em inversão do ônus da prova.

Pede a manutenção do registro da alienação fiduciária no documento do veículo, sob o argumento de que o ajuizamento da ação não tem o condão de liberar o gravame.

Ao final, requer a inversão do ônus da sucumbência.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso.

Apesar da irresignação, a sentença deve ser mantida.

Observa-se que o juízo singular, ao proferir a sentença, inverteu o ônus da prova, determinando ao recorrente que comprovasse a inexistência da contratação do seguro prestamista.

Cumpre mencionar, já de início, que a relação havida entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, cabendo ao banco, pela regra da inversão do ônus da prova, demonstrar que não houve a referida contratação.

Assim, diante da relação de consumo mantida entre as partes, se mostra correta a aplicação da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, mormente porque a instituição financeira detém o controle da prova perquirida.

Entretanto, o recorrente deixou de produzir qualquer prova, limitado-se apenas em declarar que o seguro não foi contratado. Nem mesmo apresentou cálculos indicando que os valores das prestações cobradas correspondiam somente ao montante financiado, acrescido de juros e outros encargos.

Por outro lado, a parte recorrida além de afirmar que o banco havia incluído o seguro prestamista nas parcelas do financiamento, pois na época do trato contava com 67 anos de idade, trouxe aos autos cálculos demonstrando a incidência da cobrança do seguro, no valor de R$ 8,66 em cada prestação, cálculos esses que sequer foram impugnados pela instituição financeira.

Portanto, considerando que o banco recorrente não se desincumbiu do ônus da prova que lhe foi atribuído e mediante os cálculos apresentados pela autora, pode-se concluir que realmente houve a contratação do seguro prestamista, nos termos da cláusula 5ª do contrato de financiamento (f. 14).

Dessa maneira, afirma-se que, com a morte da mutuária, restou garantida a cobertura securitária para o pagamento do saldo devedor, quitando consequentemente a dívida.

Nesse sentido, esta Corte de Justiça já decidiu:

> *'AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL – FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – MORTE DO MUTUÁRIO – ALEGADA CONTRATAÇÃO DE SEGURO PRESTAMISTA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – CDC – INEXISTÊNCIA DE CÁLCULOS DEMONSTRANDO A AUSÊNCIA DE COBRANÇA DO SEGURO – DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE – IRRELEVÂNCIA DA MÁ-FÉ PARA A OBRIGAÇÃO DE RESTITUIÇÃO SIMPLES DOS*

VALORES PAGOS A MAIS – RECURSO NÃO PROVIDO.' (TJMS, Apelação Cível n. 2008.037642-2, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz – j. 03.02.2009)

'APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DEPÓSITO – CONTRATO DE CONSÓRCIO – SEGURO – MORTE DO CONSORCIADO SEGURADO – QUITAÇÃO DO SALDO DEVEDOR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Nos contratos de consórcio em que há cobrança de seguro junto com a prestação mensal, fica assegurada a quitação do saldo devedor em caso de morte do consorciado.' (TJMS, Apelação Cível n. 2011.032563-8, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade – j. 06.12.2011)

Por fim, ratifica-se o cancelamento da alienação fiduciária no documento do veículo, devendo o banco recorrente providenciar a baixa do gravame, pois comprovada a quitação integral do contrato de financiamento.

Sobre a inversão do ônus da sucumbência, por ter o recorrente sucumbido em todos os aspectos, tal pedido não merece prosperar.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 30 de julho de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0009523-51.2009.8.12.0021 – Três Lagoas
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO TRABALHISTA – APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DE 30 (TRINTA) ANOS – IMPOSSIBILIDADE – AÇÃO MOVIDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – REJEITADA – MÉRITO – PROFESSOR CONVOCADO A TÍTULO PRECÁRIO – AUSÊNCIA DE RELAÇÃO TRABALHISTA – PREVALÊNCIA DO REGIME JURÍDICO/ADMINISTRATIVO – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE FGTS – FALTA DE PREVISÃO LEGAL – REPERCUSSÃO GERAL – REQUERIMENTO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ JULGAMENTO DO RE 596.478 INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 543-B DO CPC – SUSPENSÃO REJEITADA – RECURSO IMPROVIDO.

Nas demandas relacionadas a contratos administrativos e o FGTS deles decorrentes, em que é parte a Fazenda Pública, deve ser aplicado o prazo de 05 (cinco) anos, previsto no Decreto-Lei n. 20.910/32, e não o prazo de 30 (trinta) anos.

"Os direitos do servidor público estadual contratado em regime temporário são apenas aqueles expressamente previstos no contrato ou na legislação estadual que trata da matéria, cuja inconstitucionalidade não se vislumbra haja vista o disposto no art. 37, IX, da Constituição Federal, não sendo aplicáveis as normas contidas na CLT – Consolidação das Normas Trabalhistas." (TJ-MS – Apelação Cível n. 2010.038593-0).

Impossível aplicar ao caso em tela as disposições da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), uma vez que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência da Justiça comum Estadual para julgar causas semelhantes, sob o fundamento de que a relação existente entre o autor/apelante e o Poder Público é de vínculo jurídico-administrativo.

As disposições do Art. 19-A, da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, não se aplicam ao caso concreto, tendo em vista que não há como se falar em investidura em cargo público, sobretudo porque o autor foi convocado a título precário, ou seja, não foi nomeado e nunca tomou posse em cargo ou emprego público, razão pela qual não é possível o pagamento do FGTS como requerido na inicial.

A regra do artigo 543-B do Código de Processo Civil não enseja o sobrestamento da presente ação, mas tão somente do eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 2 de julho de 2013.

Juiz Marcelo Câmara Rasslan – Relator em substituição legal.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Sebastiana Borges de Souza, Erica Adriana Bertoletti Lemes, qualificadas nos autos, interpõem recurso de Apelação, inconformadas com a sentença (f. 528/534) proferida pela MMª. Juíza de Direito da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, na Ação Trabalhista movida em face de Estado de Mato Grosso do Sul, na qual se julgou improcedente o pedido inicial.

As apelantes, em suas razões recursais (f. 538/545), alegam, em síntese, que **a)** a prescrição referente às demandas em que se pleiteia o recebimento de FTGS é de 30 (trinta) anos, e não de 05 anos; **b)** o julgador deu validade a um ato totalmente ilícito, cometido pelo recorrido, o único beneficiário da prática ímproba; **c)** a questão está vinculada à regularidade ou nulidade da convocação de professores pelo Estado de Mato Grosso do Sul por vários anos consecutivos, ainda que rompidos durante o período de férias; **d)** aplica-se a regra do artigo 19-A, da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, quanto à hipótese de declaração de nulidade do contrato, no que se refere ao reconhecimento do direito sobre os depósitos do FGTS; **e)** reconhecida a nulidade, não há como exonerar a Administração Pública da obrigação de pagamento da contribuição do FGTS.

Prequestionam o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, art. 19-A da Lei 8.036/90, a Lei Complementar n. 87/2000.

Requerem o provimento do recurso, para afastar a prescrição quinquenal, declarando a nulidade do contrato temporário e condenar o Estado/apelado ao pagamento das contribuições do FGTS, ou para sobrestar o andamento da ação até trânsito em julgado do Recurso Extraordinário 596.478-7, nos termos do que dispõe o art. 543-B, e § 1º, do CPC.

O apelado, em contrarrazões (f. 552/570), requer a manutenção da sentença, pugnando pelo improvimento do recurso, bem como o prequestionamento aos artigos 5º, XXXV, da CF, e que todas as intimações e publicações realizadas em nome do Dr. Oslei Bega Junior.

VOTO

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

Sebastiana Borges de Souza, Erica Adriana Bertoletti Lemes, qualificadas nos autos, interpõem recurso de Apelação, inconformadas com a sentença (f. 528/534) proferida pela MMª. Juíza de Direito da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, na Ação Trabalhista movida em face de Estado de Mato Grosso do Sul, na qual se julgou improcedente o pedido inicial.

As apelantes, em suas razões recursais (f. 538/545), alegam, em síntese, que **a)** a prescrição referente às demandas em que se pleiteia o recebimento de FTGS é de 30 (trinta) anos, e não de 05 anos; **b)** o julgador deu validade a um ato totalmente ilícito, cometido pelo recorrido, o único beneficiário da prática ímproba; **c)** a questão está vinculada à regularidade ou nulidade da convocação de professores pelo Estado de Mato Grosso do Sul por vários anos consecutivos, ainda que rompidos durante o período de férias; **d)** aplica-se a regra do artigo 19-A, da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, quanto à hipótese de declaração de nulidade do contrato, no que se refere ao reconhecimento do direito sobre os depósitos

do FGTS; **e)** reconhecida a nulidade, não há como exonerar a Administração Pública da obrigação de pagamento da contribuição do FGTS.

Prequestionam o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, art. 19-A da Lei 8.036/90, a Lei Complementar n. 87/2000.

Requerem o provimento do recurso, para afastar a prescrição quinquenal, declarando a nulidade do contrato temporário e condenar o Estado/apelado ao pagamento das contribuições do FGTS, ou para sobrestar o andamento da ação até trânsito em julgado do Recurso Extraordinário 596.478-7, nos termos do que dispõe o art. 543-B, e § 1º, do CPC.

O apelado, em contrarrazões (f. 552/570), requer a manutenção da sentença, pugnando pelo improvimento do recurso, bem como o prequestionamento aos artigos 5º, XXXV, da CF, e que todas as intimações e publicações realizadas em nome do Dr. Oslei Bega Junior.

I – Da prescrição.

A despeito de haver alguns posicionamentos desta Corte no sentido da pretensão das apelantes – adotando a tese de prescrição trintenária para a cobrança de FGTS -, filio-me ao entendimento contrário, que defende ser quinquenal o lapso prescricional referente às demandas que tenham por finalidade o reconhecimento da invalidade da contratação sem concurso público, e, com isso, ter direito ao FGTS.

Isso porque, em primeiro lugar, não se trata de ação movida em face do particular, e sim da Fazenda Pública, tratando-se, portanto, de relação diversa da que justifica o prazo de 30 (trinta) anos.

Nesse sentido, é a jurisprudência desta Corte:

> *"APELAÇÃO CÍVEL DIREITO ADMINISTRATIVO AÇÃO DE COBRANÇA, COMO SE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA SOBRESTAMENTO DO FEITO DESNECESSIDADE PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL MANTIDA CONTRATO TEMPORÁRIO FIRMADO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E RESPECTIVA RENOVAÇÃO CONTRATUAL POSSIBILIDADE INEXISTÊNCIA DE DIREITO À PERCEPÇÃO DE FGTS SENTENÇA MANTIDA RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1. Não há se falar em suspensão do julgamento do recurso em razão de haver recurso extraordinário com repercussão geral sobre a matéria, já que a regra do artigo 543-B do Código de Processo Civil não enseja o sobrestamento da presente ação, pois só é admitido no caso de haver interposição de recurso à Instância Superior. 2. Inaplicável a prescrição trintenária no que se refere às dívidas passivas da União, Estados e Municípios; mantida a prescrição quinquenal estabelecida pelo juízo a quo. 3. O servidor temporário possui seus direitos estabelecidos no contrato celebrado com a administração pública, não lhe sendo permitido pleitear valores relativos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), quando inexiste previsão contratual que autorize tal recebimento". (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.020168-5/0000-00 - Três Lagoas, rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j. 19/07/2012)*

Diante do exposto, afasta-se a preliminar referente à adoção do prazo de 30 (trinta) anos, mantendo-se a aplicação do Decreto-Lei n. 20.910/32.

II – Do mérito

A matéria presente nos autos há tempo está pacificada neste Egrégio Tribunal, com diversas decisões unânimes proferidas por suas Colendas Turmas, dentre as quais cito:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO TRABALHISTA – PROFESSORES CONVOCADOS A TÍTULO PRECÁRIO – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE FGTS – DESVIRTUAMENTO DA CONTRATAÇÃO – AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO – INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NA CONVOCAÇÃO – PREVALÊNCIA DO REGIME JURÍDICO/ADMINISTRATIVO – FALTA DE PREVISÃO LEGAL QUANTO AO DEPÓSITO DO FGTS – REPERCUSSÃO GERAL – ART. 543-B DO CPC – NEGADO PROVIMENTO.*
>
> *I – "Os direitos do servidor público estadual contratado em regime temporário são apenas aqueles expressamente previstos no contrato ou na legislação estadual que trata da matéria, cuja inconstitucionalidade não se vislumbra haja vista o disposto no art. 37, IX, da Constituição Federal, não sendo aplicáveis as normas contidas na CLT – Consolidação das Normas Trabalhistas." (TJ-MS – Apelação Cível n. 2010.038593-0).*
>
> *II – Impossível aplicar ao caso em tela as disposições da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), uma vez que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência da Justiça comum Estadual para julgar causas semelhantes, sob o fundamento de que a relação existente entre os autores/apelantes e o Poder Público é, ao menos, um vínculo jurídico-administrativo.*
>
> *III – As disposições do Art. 19-A, da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, não se aplicam ao caso concreto, tendo em vista que não há falar em investidura em cargo público, sobretudo porque os autores/apelantes foram convocados a título precário, ou seja, não foram nomeados e nunca tomaram posse em cargo ou emprego público, razão pela qual não é possível o pagamento do FGTS como requerido na inicial.*
>
> *IV – A regra do artigo 543-B do Código de Processo Civil não enseja o sobrestamento da presente ação, mas tão somente do eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais." (TJ-MS – Apelação Cível n. 2010.036745-1/0000-00 – Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Josué de Oliveira – julgado em 30/06/2011).*
>
> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO TRABALHISTA – DECISÃO MONOCRÁTICA – PROVIMENTO DE PLANO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, §1º-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – POSSIBILIDADE – JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – SEM CONCURSO PÚBLICO – RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA –FGTS– IMPOSSIBILIDADE AINDA QUE A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO – REQUERIMENTO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ JULGAMENTO DA RE 596.478 –REPERCUSSÃO GERAL – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 543-B DO CPC – SUSPENSÃO REJEITADA – REGIMENTAL QUE NÃO INFIRMA A DECISÃO RECORRIDA – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *O artigo 557, §1º-A do CPC, permite ao relator dar provimento de plano quando a decisão estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, e a doutrina, bem com a jurisprudência entende ser possível a aplicação de tal medida quando a decisão agravada estiver em desacordo com súmula ou jurisprudência do próprio tribunal.*

É firme o atual entendimento jurisprudencial de que o servidor contratado a título precário, ou seja, sem concurso público, mantém relação jurídico-administrativa com o ente contratante, razão pela qual a parte autora não faz jus ao recebimento do FGTS.

Nem mesmo a recontratação da autora, por diversas vezes e por diversas razões, não altera a natureza jurídica do contrato administrativo, não transformando em celetista.

A Jurisprudência desta Corte, é unânime ao reconhecer a inexistência de ilegalidade na contratação temporária de professores e, consequentemente, na ausência do direito destes funcionários ao recebimento das verbas referentes ao FGTS.

A regra do artigo 543-B do Código de Processo Civil não enseja o sobrestamento da presente ação, mas tão-somente do eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais. (TJ-MS – Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2010.006530-6/0001-00 – Segunda Câmara Cível – Rel. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – julgado em 24/04/2012).

"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – CONVOCAÇÕES PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO –PROFESSOR– CONTRATO ADMINISTRATIVO POR TEMPO DETERMINADO – ART. 37 INCISO IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – JUSTIFICATIVA DA TEMPORARIEDADE – LEI ESTADUAL – NECESSIDADE POR FALTA DE PESSOAL PORTADOR DE CARGO EFETIVO – AUSÊNCIA DE VÍNCULO LABORAL – ESTABILIDADE AFASTADA – PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA UNICIDADE CONTRATUAL E PAGAMENTO DE FGTS– INDEVIDOS – REPERCUSSÃO GERAL – ART. 543-B DO CPC - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A temporariedade e o prazo determinado da contratação foram requisitos inerentes à relação jurídica mantida entre as partes litigantes e que, por via de consequência, caracterizou o vínculo empregatício com o Estado demandado, o que, data venia, não transmuda seu regime jurídico estatutário para celetista.

Consecutivas renovações da contratação a título precário para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, não transmuda a característica administrativa desta relação. Precedentes do STJ.

Não faz jus o servidor ao reconhecimento da unicidade contratual e aos valores de FGTS, pois tais direitos não foram previstos no artigo 39, §3º, da CF/88, tampouco na Lei Estadual que rege o contrato temporário a que está submetido.

A regra do artigo 543-B do Código de Processo Civil não enseja o sobrestamento da presente ação, mas tão somente do eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros Tribunais." (TJ-MS – Apelação Cível n. 2012.012696-1/0000-00 – Terceira Câmara Cível – Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson – julgado em 29/05/2012).

Da análise dos autos, verifica-se que as autoras foram convocadas, a título precário, para ocuparem, durante determinado tempo, a função de professora no Estado de Mato Grosso do Sul.

Embora as apelantes aleguem irregularidade na convocação, o entendimento pacífico deste Tribunal é de que a Administração Pública procedeu de acordo com a lei.

A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso IX, normatiza que "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"

Por sua vez, a Lei Complementar Estadual n. 87, de 31 de janeiro de 2000, que dispõe sobre o Estatuto dos Profissionais da Educação Básica do Estado de Mato Grosso do Sul, regulamenta a respeito do instituto da "convocação", o seguinte:

> *"Art. 19. Convocação é atribuição da função docente em caráter temporário na forma da legislação vigente, para não-titular de cargo efetivo na administração pública estadual.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 21. A convocação fica limitada a cada período, não podendo ter início durante as férias salvo necessidade imperiosa de reposição de aulas e o valor da hora-aula será igual ao do vencimento na classe A, no nível correspondente à habilitação do convocado.*
>
> *Art. 22. O candidato convocado fará jus durante o período de convocação a:*
>
> *I - remuneração, consoante o disposto neste Estatuto;*
>
> *II - férias e gratificação natalina proporcionais;*
>
> *III - licença gestante e para tratamento saúde, limitada ao período da convocação;*
>
> *IV - incentivos financeiros pelo desempenho da função docente capitulado neste Estatuto.*
>
> *§ 1º É vedada a designação de professor convocado para o exercício de função gratificada no âmbito da Secretaria de Estado de Educação.*
>
> *§ 2º Compete ao Secretário de Estado Educação a expedição dos atos de convocação."*

Da análise da referida Lei, não se constata qualquer incongruência entre esta e a Constituição Federal, pois apenas regulamenta o instituto da "convocação", em obediência ao disposto no Art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, razão pela qual se afasta a alegada inconstitucionalidade.

Conforme se observa dos dispositivos mencionados, a convocação é plenamente autorizada e regulamentada por lei estadual, podendo a Administração Pública do Estado de Mato Grosso do Sul lançar mão dessa modalidade para substituir, em caráter temporário e emergencial, docentes investidos em cargos públicos da Rede Estadual de Ensino.

Entretanto, apesar de legalmente permitida a convocação, as razões do apelo são no sentido de que a Administração Pública teria desvirtuado a referida Lei, por realizar diversas recontratações, ofendendo, assim, o caráter temporário e excepcional que deveria possuir esse tipo de contratação, ocasionando a sua nulidade.

Contudo, percebe-se que, antes de adentrar nesse mérito, é necessário analisar se, caso admitida a mencionada tese, as apelantes possuiriam direito ao FGTS, pois, senão, de nada adiantaria o seu reconhecimento.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) foi criado na década de 60 para proteger o trabalhador demitido sem justa causa. Sendo assim, no início de cada mês, os empregadores depositam, em contas abertas na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, em nome dos seus empregados e vinculadas ao contrato de trabalho, o valor correspondente a 8% do salário de cada funcionário.

Diante disso, revela-se o seu caráter eminentemente privado, sendo, portanto, contribuição devida aos trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ocorre que a relação jurídica existente entre as partes deste processo é jurídica/administrativa, tanto que ação inicialmente em curso na Justiça do Trabalho foi remetida à Justiça Estadual.

Portanto, ainda que fosse reconhecida a descaracterização da contratação temporária das apelantes, mesmo assim permaneceria a relação jurídico/administrativa entre as partes, em razão da obrigatoriedade da observância do regime jurídico único para a União, os Estados e os Municípios.

No mesmo sentido, clara a exposição do Desembargador Dorival Renato Pavan:

> *"Por outro lado, ainda que admitida a alegação da recorrida, ofertada no sentido de que houve desvirtuamento na contratação, ainda assim não subsistiria o seu direito ao recebimento do FGTS.*
>
> *Isto porque, ainda que o administrador estadual não tenha promovido concurso público, preferindo valer-se da contratação irregular de servidores, tal não significa que o regime jurídico a ser aplicado seja o celetista (CLT), mesmo porque preconizado na Constituição Federal que a relação instada entre o Poder Público e os seus servidores, latu sensu, ou é estatutária ou é jurídico-administrativa." (Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2010.025940-8/0001-00)*

Portanto, não há como ser reconhecido o direito das apelantes ao recebimento do FGTS, devido à inexistência de vínculo trabalhista, regido pela CLT.

Destarte, igualmente não há como aplicar-se o disposto no Art. 19-A, da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990.

O referido artigo estabelece que: "É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário."(Grifo meu).

Examinando a redação do Artigo 37, §2º, da Constituição Federal, observa-se que a mencionada nulidade diz respeito aos servidores investidos em cargo ou emprego público por meio de ato nulo, conforme se verifica a seguir:

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)*
>
> *[...]*
>
> *II -a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a*

> *complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)*
>
> *[...]*
>
> *§ 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.*

Na hipótese ora discutida, não há como se falar em investidura em cargo público, pois a convocação das apelantes foram realizadas a título precário, ou seja, não houve efetiva nomeação para cargo ou emprego público, razão pela qual não é possível o pagamento do FGTS como requerido na inicial.

No que diz respeito à existência de reconhecimento da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n. 596.478-7, da discussão acerca da constitucionalidade do Art. 19-A da Lei n. 8.036/90, consigno que esta não enseja o sobrestamento da presente ação, mas tão somente de eventual recurso extraordinário, nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil e consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.*
>
> *18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).*
>
> *19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso."(AgRg no Ag 1329960/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 22/02/2011).*

Por derradeiro, insta salientar que julgamento contrário aos interesses das partes, por si só, não acarreta violação ao art. 5º, XXXV, art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, art. 19-A da Lei 8.036/90 e a Lei Complementar n. 87/2000.

Dispositivo.

Diante do exposto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Marcelo Câmara Rasslan – Relator em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Marcelo Câmara Rasslan, Des. Josué de Oliveira e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 02 de julho de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0901772-77.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – AUTARQUIA – PROPRIEDADE QUE SERVE ÀS SUAS FINALIDADES ESSENCIAIS – POSSIBILIDADE – CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA – NÃO ALBERGADA PELA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – CDA – SUBSTITUIÇÃO OU EMENDA – ERRO MATERIAL – ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA DOS EMBARGOS – ALTERAÇÃO SUJEITO PASSIVO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 392/STJ – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Servindo a propriedade imobiliária às finalidades essenciais da autarquia executada, esta se encontra imune à incidência de quaisquer impostos.

Recai sobre o Município o ônus de provar que o patrimônio da Autarquia está desvinculado dos seus objetivos institucionais e, portanto, não abrangidos pela imunidade tributária prevista no art. 150, § 2º, da Constituição.

Inexistem imunidades previstas para as contribuições de melhoria.

Consoante disposição do artigo 2º, §8º, da Lei n. 6.830/80, existe a possibilidade de se emendar ou substituir a CDA por erro material ou formal do título, até a prolação da sentença, desde que não implique modificação do sujeito passivo da execução, nos termos da Súmula 392 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 9 de julho de 2013.

Juiz Marcelo Câmara Rasslan – Relator em substituição legal.

RELATÓRIO

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

O Município de Campo Grande interpõe recurso de Apelação, inconformado com a sentença (f. 5-8) proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara de Execução Fiscal da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Execução Fiscal, movida em face de Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano - CDHU, a qual extinguiu o "*feito sem resolução do seu mérito, com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil por ausência de interesse de agir (carência de título executivo) em razão da inexistência da obrigação tributária materializada no título executivo (CDA) que embasa a ação.*"

O Município/apelante, em suas **Razões Recursais** (f. 11-24), alega, em síntese, que a apelada não tem direito à imunidade tributária, uma vez que *"a imunidade tributária deferida à autarquia abrange apenas o patrimônio vinculado ao cumprimento de sua finalidade essencial ou aos serviços dela decorrente, não protegendo o patrimônio, a renda ou serviços que constituem exploração de atividade econômica.*" Sustenta, também que a contribuição de melhoria não está acobertada pelo manto da imunidade tributária, razão pela qual não se pode negar o direito de receber o seu crédito.

Acrescenta, ainda, que o Município não foi intimado antes de a sentença de extinção do feito sem julgamento de mérito ser proferida, violando-se o disposto no artigo 234, do CPC e 25, da Lei n. 6.830/80 e que é possível a substituição do responsável tributário na presente situação.

Segundo decisão de f. 25, "*desnecessária a intimação da parte contrária para contrarrazões, tendo em vista que sequer foi citada neste feito.*"

VOTO

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

O Município de Campo Grande interpõe recurso de Apelação, inconformado com a sentença (f. 5-8) proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara de Execução Fiscal da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Execução Fiscal, movida em face de Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano - CDHU, a qual extinguiu o "*feito sem resolução do seu mérito, com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil por ausência de interesse de agir (carência de título executivo) em razão da inexistência da obrigação tributária materializada no título executivo (CDA) que embasa a ação.*"

O Município/apelante, em suas **Razões Recursais** (f. 11-24), alega, em síntese, que a apelada não tem direito à imunidade tributária, uma vez que *"a imunidade tributária deferida à autarquia abrange apenas o patrimônio vinculado ao cumprimento de sua finalidade essencial ou aos serviços dela decorrente, não protegendo o patrimônio, a renda ou serviços que constituem exploração de atividade econômica.*" Sustenta, também, que a contribuição de melhoria não está acobertada pelo manto da imunidade tributária, razão pela qual não se pode negar o direito de receber o seu crédito.

Acrescenta, ainda, que o Município não foi intimado antes de a sentença de extinção do feito sem julgamento de mérito ser proferida, violando-se o disposto no artigo 234, do CPC e 25, da Lei n. 6.830/80 e que é possível a substituição do responsável tributário na presente situação.

Segundo decisão de f. 25, "*desnecessária a intimação da parte contrária para contrarrazões, tendo em vista que sequer foi citada neste feito.*"

Feitas tais considerações, passo ao voto.

Verifica-se nos autos que o apelante ajuizou a presente ação de execução fiscal em face da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano - CDHU, pretendendo o recebimento de IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) e Contribuição de Melhorias sobre imóvel de propriedade da recorrida.

Sustenta que a apelada não tem direito à imunidade tributária em relação ao IPTU, sob o fundamento de que essa prerrogativa está condicionada à comprovação de que o bem esteja vinculado às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

A magistrada de instância singela fez um breve histórico acerca do órgão estatal indicado como sujeito passivo do tributo, cujo trecho da sentença transcreve-se:

> *"Inicialmente, como sucessora nas finalidades da Cohab – Companhia Habitacional de Mato Grosso do Sul, foi criada a CDHU – Companhia de Desenvolvimento Habitacional Urbano de Mato Grosso do Sul, que tinha natureza de empresa pública estadual prestadora de serviço público. Entretanto, esta empresa foi extinta por intermédio da Lei Estadual n. 2.152/2001 que, em seu art. 83, V, "c", determinou a liquidação da empresa pública e a incorporação de suas funções à Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos (AGESUL), esta, uma autarquia.*
>
> *Posteriormente, a Lei Estadual n. 2.856/2004, alterando o art. 3º, §1º, da Lei Estadual 2.575/2002 (que criou a AGEHAB), autorizou "a incorporação ao patrimônio da Agência de Habitação Popular do Estado de Mato Grosso do Sul – AGEHAB, dos bens imóveis destinados a fins habitacionais, adquiridos pela Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – AGESUL, originariamente ou por sucessão da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano de Mato Grosso do Sul – CDHU.*
>
> *Destarte, a partir da vigência da Lei Estadual 2.856/2004, todos os imóveis que pertenciam à CDHU (e anteriormente à Cohab), inclusive esse sobre o qual recaiu o tributo ora cobrado, passaram ao patrimônio da AGEHAB.*
>
> *De acordo com a Lei de criação da Agência de Habitação Popular do Estado de Mato Grosso do Sul – AGEHAB (Lei Estadual 2.575/2002), esta se constitui em pessoa jurídica com personalidade de direito público, integrante da administração indireta do Poder Executivo estadual. Trata-se, portanto, de autarquia estadual."*

*N*o que concerne à imunidade tributária, na esteira do entendimento adotado pelo STJ:

> *"(...)* ***é cediço que o Município, titular de competência privativa para instituir e cobrar IPTU, não pode tributar os terrenos e edifícios da União e dos Estados, nem dos pertencentes às suas instrumentalidades autárquicas, se e quando afetadas à destinação específica destas.*** *" (in Sasha Calmon Navarro, Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário, 5ªEd., p. 346); e mais: o direito à imunidade é uma garantia fundamental, constitucionalmente assegurada ao contribuinte, que nenhuma lei, poder ou autoridade, podem anular. Criar tributos, só a lei pode; violar imunidades tributárias, nem a lei pode. No sistema constitucional tributário brasileiro, a materialidade das normas ordinárias instituidoras das regras-matrizes de incidência já se encontram pré-qualificadas no próprio Texto Supremo. (...omissis...) 4. Prejudicial de mérito consubstanciada no reconhecimento da executada como entidade autárquica, e, consectariamente, enquadrável na imunidade tributária recíproca do art. 150, IV, a, da CF/88. Matéria constitucional insindicável na via especial." (REsp 679.232/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 24/05/2007, p. 312)*

Ainda, há uma condição prevista na parte final do § 2º do artigo 150, da Constituição Federal que torna a exoneração condicionada, e não absoluta, ou seja, "*é que a entidade autárquica ou fundacional, para fruir a imunidade, deve cumprir a finalidade essencial ou alguma que dela decorra. (...) A propósito entende-se que "finalidade essencial" liga-se ao intento inerente à própria natureza da entidade autárquica ou fundacional, enquanto "a finalidade decorrente da essencial" se traduz no objetivo relacionado com o propósito principal da entidade, guardando com este certa correspondência.*"[1]

Quanto às atribuições da AGEHAB, o artigo 2º, da Lei Estadual n. 2.575/2002 estabelece:

> *"**Art. 2º** A Agência de Habitação Popular atuará em consonância com regras do Sistema Financeiro da Habitação e de conformidade com programas estaduais de*

1 Eduardo Sabbag. Manual de Direito Tributário. Editora Saraiva. 2009. Pág. 257/258.

investimento social para atendimento à população de baixa renda, observados os seguintes objetivos:

I - priorizar projetos sociais que contemplem a melhoria da qualidade de vida da população de menor renda e que contribuam para a geração de empregos;

II - implementar mecanismos adequados de acompanhamento e controle de desempenho dos projetos habitacionais de interesse social;

III - integrar os projetos habitacionais com os investimentos em saneamento e demais serviços urbanos;

IV - aplicar recursos estaduais no apoio na construção, ampliação, reforma de unidades habitacionais de interesse social, visando à redução do déficit habitacional do Estado e a melhoria das condições de assentamentos populacionais de baixa renda;

V - fomentar e intermediar a concessão de financiamentos para aquisição, construção, ampliação e reforma de moradias;

VI - priorizar a preservação do meio ambiente e a convivência harmoniosa nas áreas utilizadas para construção de unidades habitacionais."

Assim, como consignado na sentença, na presente situação, *"servindo a propriedade imobiliária às finalidades essenciais da autarquia executada, esta se encontra imune à incidência de quaisquer impostos sobre essa propriedade, faltando competência constitucional do ente municipal para instituir tal espécie de tributo em face da autarquia estadual, mesmo constando equivocadamente a extinta CDHU como sujeito passivo do tributo.*" (f. 6)

Ademais, o entendimento do Superior de Justiça é no sentido de que o ônus de provar que o patrimônio da Autarquia está desvinculado dos seus objetivos institucionais e, portanto, não abrangidos pela imunidade tributária prevista no art. 150, § 2º, da Constituição recai sobre o Município, o que não ocorreu *in casu*. A propósito:

"TRIBUTÁRIO. IPTU. PATRIMÔNIO AUTÁRQUICO. IMUNIDADE. ART. 150, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ÔNUS PROBATÓRIO. 1.O STJ firmou o entendimento de que o ônus de provar que o patrimônio da Autarquia está desvinculado dos seus objetivos institucionais e, portanto, não abrangido pela imunidade tributária prevista no art. 150, § 2º, da Constituição recai sobre o Município. 2. Agravo Regimental não provido." (AgRg no Ag 1.190.540/RJ, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2009, Dje 18/12/2009)

"PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - IMUNIDADE – FATO IMPEDITIVO - ART. 331, IV, DO CPC - ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO REFLEXA. 1. Presunção juris tantum quanto à imunidade da autarquia municipal, por força da própria sistemática legal (art. 334, IV, do CPC), de forma que caberia ao Município, mesmo em sede de embargos à execução, apresentar prova de fato impeditivo em relação a esse favor constitucional (art. 333, I, do CPC), através da comprovação de que os serviços prestados pelo ente administrativo ou seu patrimônio estão desvinculados dos objetivos institucionais. 2. Violação reflexa a dispositivos federais não ensejam a interposição de recurso especial - precedentes. 3. Recurso especial improvido." (REsp 320.948/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2003, DJ 02/06/2003 p. 244)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL - COBRANÇA DO IPTU - PROPRIEDADE DA AUTARQUIA. 1. É a Autarquia imune ao IPTU incidente sobre imóvel de sua

> *propriedade, imunidade que não cessa em caso de aluguel. 2. Ônus de informar ao Fisco que não deve ser suportado pela Autarquia, bem assim a prova da imunidade. 3. Recurso especial improvido." (REsp 285.799/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 06/05/2002 p. 270)*

Desse modo, não prospera a alegação da parte apelante de que a autarquia não goza da imunidade tributária em questão no que diz respeito ao IPTU.

O apelante sustenta também que a decisão recorrida não se atentou para o fato de que a ação de execução fiscal em apreço visa, também, a cobrança de contribuição de melhorias, que não está albergada pelo manto da imunidade constitucional.

Neste ponto, assiste-lhe razão.

É que, conforme ressaltado por Eduardo Sabbag[2] "*inexistem imunidades previstas para duas espécies tributárias: as contribuições de melhoria e os empréstimos compulsórios*. " Assim, *"pode-se assegurar que sobre a propriedade de um prédio dedicado ao diretório de um partido político não deverá incidir o IPTU, entretanto, sobre ele deverá se dar norma incidência de eventual contribuição de melhoria ou taxa, desde que instituídas, obviamente, por lei.*"

No entanto, no caso em análise, embora seja perfeitamente possível a cobrança das contribuições de melhoria da entidade autárquica – ora apelada - , certo é que no momento processual em que se encontra o presente processo (grau de recurso) não existe a possibilidade de emendar a certidão de dívida ativa que instruiu a inicial, mesmo que se trate de mero erro material.

Isso porque, de acordo com a jurisprudência do STJ, em caso de ocorrência de erro material, no caso, a cobrança de IPTU (imposto - tributo abrangido pela imunidade recíproca) na mesma certidão de dívida ativa em que se cobra contribuições de melhorias, só é possível a emenda da CDA até a prolação da sentença, veja-se:

> *2. Referido entendimento ensejou a elaboração da Súmula 392 desta Corte, in verbis: "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (...)". (REsp 1250272/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011)*

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE CDA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. - A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido da possibilidade de se emendar ou substituir a CDA por erro material ou formal do título, até a prolação da sentença de embargos, desde que não haja modificação do sujeito passivo da execução. - Todavia, no caso dos autos, não se trata de mera irregularidade, mas da total ausência do próprio título executivo. Portanto não há que se sustentar a possibilidade de simples emenda à inicial ou de substituição da CDA, se ela nem sequer existe. - A decisão recorrida também está fundada na ocorrência de preclusão, e esse fundamento não foi atacado no recurso especial. Incidência do enunciado n. 283 da Súmula/STF. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1226119/SC, Rel. Min. César Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe de 19.8.2011)*

> *É nesse sentido o teor da Súmula 392 do STJ, verbis:*

2 SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245 e 248.

> *"A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução." (Súmula 392, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 07/10/2009)*

Assim, não tendo sido interposto embargos de declaração para corrigir o erro material da certidão, na fase em que o processo se encontra não se pode mais fazer qualquer correção.

O apelante alega ainda, que, na presente situação, deve ser permitido o procedimento de substituição ou emenda da CDA para que se altere o sujeito passivo da relação tributária. Tal pedido também não deve prosperar.

Como se extrai de parte do voto exarado pelo Des. Dorival Renato Pavan, ao tratar de tema semelhante:

> *"(...) a Certidão de Dívida Ativa é um título formal, cujos elementos devem estar bem delineados para não impedir a defesa do executado, bem como deve preencher todos os requisitos constantes do artigo 202 do Código Tributário Nacional. Neste aspecto, o art. 145 do CTN estabelece como precaução que o sujeito passivo deve ser regularmente notificado do lançamento tributário para que possa se defender, impugnar, reclamar, contestar, sendo estas algumas das formas de garantir a ampla defesa e o contraditório que, vale frisar, são garantias e direitos fundamentais estendidos à esfera administrativa com a promulgação da Constituição Federal/88. (...) Neste norte, nos faz concluir que a exigibilidade do crédito tributário depende da realização de regular notificação do resultado obtido em procedimento administrativo, o que demonstra que sem comprovação da realização deste ato a Certidão de Dívida Ativa (CDA) não será considerada instrumento hábil para instruir a petição inicial da Execução Judicial para cobrança da dívida ativa, uma vez que somente quando a dívida estiver regularmente inscrita, nos termos do art. 204 do CTN é que esta terá a presunção de certeza e liquidez."*[3]

Além do mencionado, frise-se, ainda, que a jurisprudência do STJ é uníssona ao afirmar que a substituição somente será possível nos casos em que existir erro formal ou erro material na certidão da dívida ativa, porquanto, inexistindo tais erros, tratar-se-ia apenas de alteração subjetiva do polo passivo da lide, providência esta que não encontra amparo na Lei de Execução Fiscal.

A propósito:

> *"(...) O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido da possibilidade de se emendar ou substituir a CDA por erro material ou formal do título, até a prolação da sentença, desde que não implique modificação do sujeito passivo da execução, segundo disposto na Súmula 392 do STJ. Assim, em se tratando de modificação do sujeito passivo da obrigação tributária, tal como ocorreu na espécie, não há como se proceder a substituição da CDA no presente feito. (...)" (REsp 1299078/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 09/03/2012)*

> *"(...) 1. A pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que a substituição da CDA só é possível até a prolação da sentença, desde que seja para correção de erro material ou formal.*
>
> *Precedentes: EREsp 928.151/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 9.8.2010, DJe 19.8.2010; REsp 1.192.411/RS, Rel. Min. Eliana Calmon,*

3 Apelação Cível - Execução - N. 2010.034099-8/0000-00 - Corumbá.

Segunda Turma, julgado em 22.6.2010, DJe 1.7.2010.

Não é outro o entendimento deste Tribunal. Veja-se:

"(...) Não há como se deferir o pedido de substituição do pólo passivo na execução fiscal por devedor que não foi indicado na certidão da dívida ativa que a instruiu. Nos termos da Súmula n. 392 do Superior Tribunal de Justiça, "a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução". (...)" (Apelação Cível - Execução - N. 2011.032119-7/0000-00 - Corumbá. Relator - Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves. Julgamento: 07/12/2011 Órgão Julgador: 1ª Turma Cível. Publicação: 14/12/2011. N. Diário: 2560.)

"APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – SUBSTITUIÇÃO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA E MODIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO – IMPOSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE ERRO FORMAL OU MATERIAL – CASO DE ALTERAÇÃO DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO EXTINTA – RECURSO IMPROVIDO. A Certidão de Dívida Ativa deve preencher todos os requisitos constantes do artigo 202 do Código Tributário Nacional e o art. 145 do CTN estabelece como precaução que o sujeito passivo deve ser regularmente notificado do lançamento tributário, de modo a permitir ao devedor ampla defesa. Consoante Súmula 392 do STJ e art. 2º, § 8º da Lei 6.830/80, somente em hipóteses de ocorrência de erros formais e ou materiais é que se faculta à Fazenda Pública emendar ou substituir Certidão de Dívida Ativa, não, contudo para modificar o sujeito passivo, que implique em alteração do próprio lançamento. Recurso improvido, com a manutenção da sentença de primeiro grau, que extinguiu o processo, com fundamento no art. 267, IV, do CPC, ante a ausência de título líquido, certo e exigível." (Apelação Cível - Execução - N. 2010.034099-8/0000-00 - Corumbá. Relator - Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan. Julgamento: 29/11/2010 Órgão Julgador: 4ª Turma Cível.

Portanto, verifica-se que a sentença recorrida encontra-se em consonância com a jurisprudência pacífica do STJ e desta Corte, no sentido da possibilidade de se emendar ou substituir a CDA por erro material ou formal do título, até a prolação da sentença, desde que não implique modificação do sujeito passivo da execução, nos termos da Súmula 392 do STJ.

Assim, como se trata de modificação do sujeito passivo da obrigação tributária, tal como pretende o Município apelante, não há como se proceder a substituição da CDA no presente feito.

Por fim, o Município/apelante sustenta que não foi intimado antes de a sentença de extinção do feito sem julgamento de mérito ser proferida, violando-se o disposto no artigo 234, do CPC e 25, da Lei n. 6.830/80.

Novamente razão não lhe assiste.

É de se dizer que o magistrado de primeiro grau extinguiu a ação sem julgamento de mérito considerando, além do fundamento mencionado no tópico anterior, que "*o município não poderá simplesmente requerer a substituição do responsável tributário, em razão da nulidade absoluta da CDA.* ***Tampouco pode o exequente pretender substituir a CDA para fazer constar corretamente o contribuinte do tributo em questão (possuidor), pois conforme jurisprudência sumulada do STJ, o ente exequente até pode substituir a CDA até a prolação de sentença nos (eventuais) embargos, mas somente para corrigir erros formais ou materiais, sendo vedada a modificação do sujeito passivo da execução (súmula 392)***." (f. 5) – grifei.

Como o argumento utilizado para a extinção da execução foi a nulidade da CDA, desnecessária a intimação da Fazenda Pública para que fosse providenciada a substituição do polo passivo, como pretende o município/apelante, já que tal hipótese não está autorizada, conforme acima fundamentado.

Dispositivo.

Em face do exposto, **nego provimento** ao recurso, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau que extinguiu o *"feito sem resolução do seu mérito, com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil por ausência de interesse de agir (carência de título executivo) em razão da inexistência da obrigação tributária materializada no título executivo (CDA) que embasa a ação.*"

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. Juiz Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Marcelo Câmara Rasslan, Des. Josué de Oliveira e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 09 de julho de 2013.

***

1ª Seção Cível
Ação Rescisória n. 4001702-49.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA - AÇÃO RESCISÓRIA - PRELIMINARES QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO - VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - INEXISTÊNCIA - REDISCUSSÃO DE MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO IMPROCEDENTE.

O cabimento da ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC pressupõe que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa, tenha violado sua literalidade, seu sentido, seu propósito.

Verificado que o julgador apenas interpretou a norma de forma contrária aos interesses da parte, a ação rescisória não pode ser utilizada como substitutivo de recurso, que não foi interposto no prazo legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator. Decisão em parte com o parecer. Ausente, por férias, o 2º Vogal.

Campo Grande, 5 de agosto de 2013.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Paulo César de Oliveira, qualificado nos autos, ajuiza ação rescisória em face do Estado de Mato Grosso do Sul, também qualificado, com fundamento no artigo 485, V, do Código de Processo Civil.

Alega, em síntese, que propôs ação de cobrança em desfavor do réu, para que o valor de referência da remuneração percebida tivesse como base as disposições do artigo 2º da Lei Estadual n. 2.180/00, acrescido dos respectivos adicionais, gratificações, vantagens, todos formulados sobre o valor de referência de acordo com o posto ou graduação em que se encontrasse.

Aduz que a ação foi julgada procedente, contudo, ao ser analisada pelo Tribunal de Justiça, houve parcial reforma, constando, da ementa, que a Lei n. 2.180/2000, que fixava o valor de referência da remuneração dos servidores militares do Estado, fora revogada pela Lei Estadual n. 2.946/2004, cessando, por conseguinte, o direito ostentado pelo autor.

Afirma que o referido entendimento viola, literalmente, as disposições do artigo 9º da Lei Estadual n. 2.946/2004 e artigo 2º, §§ 2º e 5º do Decreto-Lei n. 4.657/1942.

Finalizou requerendo os benefícios da assistência judiciária gratuita e a procedência do pedido para desconstituir o acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível, nos autos da apelação n. 0127900-12.2007.8.12.0001, por violação aos artigos acima mencionados, declarando, ainda, que a Lei Estadual n. 2.180/2000, não foi revogada pela Lei Estadual n. 2.940/2004.

Juntou os documentos de fls. 15/69 e atribuiu à causa o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O réu contestou a ação aduzindo, em síntese, como matéria preliminar, que: a) o autor utiliza a ação rescisória como sucedâneo de recurso que olvidou de interpor, quando do julgamento da apelação cível n. 2007.028980-4 para, sob a equivocada alegação de violação à literal disposição de lei, rediscutir a matéria posta em juízo, cujo pronunciamento judicial lhe fora desfavorável; b) não houve ofensa literal à lei, porquanto o acórdão rescidendo adotou posicionamento prevalente na jurisprudência.

No mérito, afirma que a revogação da Lei n. 2.180/2000, que instituiu o valor de referência, foi efetivada de modo expresso pelo artigo 11 da Lei Estadual n. 2.946/2004, não sendo possível admitir, que ela surta efeitos apenas para os servidores que firmaram acordo com o Ente Público.

Acrescenta que além do valor de referência ter sido revogado, a partir da Lei n. 2.946/2004, a forma de remuneração dos militares passou a ser por subsídio, instituído pela Lei Complementar Estadual n. 127/08, implementado por duas tabelas remuneratórias; uma para os militares que firmaram acordo e outra para os que não fizeram, inexistindo, sobremais, violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 93/96, opinou pela extinção da ação, sem julgamento de mérito, por não se encaixar em nenhuma das hipóteses de cabimento previstas no artigo 485, do Código de Processo Civil.

VOTO

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

Paulo César de Oliveira, qualificado nos autos, ajuiza ação rescisória em face do Estado de Mato Grosso do Sul, também qualificado, com fundamento no artigo 485, V, do Código de Processo Civil.

Alega, em síntese, que propôs ação de cobrança em desfavor do réu, para que o valor de referência da remuneração percebida tivesse como base as disposições do artigo 2º da Lei Estadual n. 2.180/00, acrescido dos respectivos adicionais, gratificações, vantagens, todos formulados sobre o valor de referência de acordo com o posto ou graduação em que se encontrasse.

Aduz que a ação foi julgada procedente, contudo, ao ser analisada pelo Tribunal de Justiça, houve parcial reforma, constando, da ementa, que a Lei n. 2.180/2000, que fixava o valor de referência da remuneração dos servidores militares do Estado, fora revogada pela Lei Estadual n. 2.946/2004, cessando, por conseguinte, o direito ostentado pelo autor.

Afirma que o referido entendimento viola, literalmente, as disposições do artigo 9º da Lei Estadual n. 2.946/2004 e artigo 2º, §§ 2º e 5º do Decreto-Lei n. 4.657/1942.

Finalizou requerendo os benefícios da assistência judiciária gratuita e a procedência do pedido para desconstituir o acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível, nos autos da apelação n. 0127900-12.2007.8.12.0001,

por violação aos artigos acima mencionados, declarando, ainda, que a Lei Estadual n. 2.180/2000, não foi revogada pela Lei Estadual n. 2.940/2004.

Juntou os documentos de fls. 15/69 e atribuiu à causa o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O réu contestou a ação aduzindo, em síntese, como matéria preliminar, que: a) o autor utiliza a ação rescisória como sucedâneo de recurso que olvidou de interpor, quando do julgamento da apelação cível n. 2007.028980-4 para, sob a equivocada alegação de violação à literal disposição de lei, rediscutir a matéria posta em juízo, cujo pronunciamento judicial lhe fora desfavorável; b) não houve ofensa literal à lei, porquanto o acórdão rescindendo adotou posicionamento prevalente na jurisprudência.

No mérito, afirma que a revogação da Lei n. 2.180/2000, que instituiu o valor de referência, foi efetivada de modo expresso pelo artigo 11 da Lei Estadual n. 2.946/2004, não sendo possível admitir, que ela surta efeitos apenas para os servidores que firmaram acordo com o Ente Público.

Acrescenta que além do valor de referência ter sido revogado, a partir da Lei n. 2.946/2004, a forma de remuneração dos militares passou a ser por subsídio, instituído pela Lei Complementar Estadual n. 127/08, implementado por duas tabelas remuneratórias; uma para os militares que firmaram acordo e outra para os que não fizeram, inexistindo, sobremais, violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 93/96, opinou pela extinção da ação, sem julgamento de mérito, por não se encaixar em nenhuma das hipóteses de cabimento previstas no artigo 485, do Código de Processo Civil.

As preliminares arguidas, por se confundirem com o mérito, com ele serão analisadas.

I - MÉRITO

O autor ajuizou a presente ação, pautado na premissa básica de que a Lei n. 2.180/2000 não teria sido revogada pela Lei n. 2.946/2004, cujos efeitos incidiriam apenas sobre os militares que firmaram acordo com o réu.

Contudo, por meio de uma rápida leitura do texto normativo em questão (Lei n. 2.946/2004), conquanto não trate da mesma matéria, se verifica, mais precisamente no seu artigo 11º, que a Lei n. 2.180/2000 fora, expressamente, revogada, conforme segue:

> *"Art. 11. **Revogam-se** o inciso III e V e o parágrafo único do art. 13, os artigos 22 a 26, os incisos IV, V e VI do § 1º e os §§ 2º e 3º do art. 31, os artigos 51 a 59, o art. 75, o inciso III do art. 83, o art. 100 e o art. 115, todos da Lei n. 120, de 11 de agosto de 1980; **e a Lei n. 2.180, de 13 de dezembro de 2000**."*

Assim, a Lei n. 2.180/00 produziu efeitos apenas enquanto permaneceu em vigor. Com a revogação expressa de seus dispositivos, cessaram os direitos do autor em relação às verbas previstas no regime remuneratório anterior.

Mesmo que a Lei n. 2.946/2004 tenha previsto em seu preâmbulo que seria utilizada para firmar acordos em ações judiciais, nada impede que um de seus dispositivos revogue lei que dispunha em sentido contrário, tal como realizado, por isso, não há como admitir que ela tenha a sua eficácia restrita aos militares que efetuaram o acordo.

Ressalta-se, ainda, que a remuneração dos militares passou a ocorrer por meio de subsídio, instituído pela Lei Complementar Estadual n. 127/08, criando tabelas remuneratórias tanto para os militares que fizeram o acordo como para os que não fizeram.

A par disso se nota que a remuneração do autor já foi ajustada ao regime de subsídio, inclusive com as diferenças devidas pelo fato de não ter formalizado o acordo, em respeito ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, inexistindo qualquer amparo na a pretensão deduzida.

Retratam os autos, na realidade, o inconformismo do autor com o acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível deste Sodalício, que reformou em parte a sentença, ficando evidente a pretensão de reexame de matéria decidida no julgado rescindendo, que foi feito segundo o entendimento do órgão julgador, a partir dos elementos constantes nos autos e a aplicação dos dispositivos legais correlatos.

A Câmara optou por determinada tese jurídica, consistente na revogação da Lei n. 2.180/00 a partir do advento da Lei n. 2.946/04, sendo aplicada a todos, é dizer, independentemente do militar ter ou não celebrado acordo com o réu.

Assim, pelo que se depreende, não se trata de violação a literal dispositivo de lei, mas interpretação contrária aos interesses do autor quanto às normas aplicadas, cuja intenção se resume, nitidamente, a rediscutir os fundamentos apresentados no acórdão.

Admitir a ação rescisória para esse fim, estar-se-ia, a toda evidência, desvirtuando a sua real finalidade, utilizada, apenas, na via excepcional. A jurisprudência já se consolidou, no sentido de que, para que seja preenchido o requisito do inciso V, do art. 485 do CPC, a interpretação dada pelo julgamento hostilizado deve ser absurda, o que não ocorreu no caso em tela.

Nesse sentido:

> *"AÇÃO RESCISÓRIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – NÃO CONFIGURADA – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – IMPOSSIBILIDADE – AÇÃO IMPROCEDENTE.*
>
> *1. Para que o autor possa pleitear a revisão da sentença com fulcro no inciso V do art. 485 do CPC, imprescindível se faz que a violação a dispositivo legal seja flagrante. Se se tratar de mera discordância do requerente com a decisão proferida, deve socorrer-se dos meios processuais adequados, que não a rescisória.*
>
> *2. No restrito âmbito da ação rescisória, não há lugar para discussão acerca da eventual injustiça do julgamento, sob pena de reabertura de prazo recursal."*[1]

Diante do exposto, em parte com o parecer, julgo improcedente o pedido contido na presente ação rescisória.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R$5.000,00 (cinco mil reais), levando em consideração a natureza e a expressão econômica da causa e, ainda, a qualidade técnica do trabalho realizado pelo advogado, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Suspendo, contudo, a condenação, na forma prevista no artigo 12 da Lei n. 1.060/50, por ser o autor beneficiário da assistência judiciária gratuita.

1 Ação Rescisória – 'n. 2008.028108-2, 4ª Seção Cível, rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. 24.01.11.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM IMPROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO EM PARTE COM O PARECER. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 2º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 05 de agosto de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0612047-08.2004.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – AUSÊNCIA DE CONTRAFÉ – IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A CITAÇÃO – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Ao constatar que o apelante não havia aparelhado a execução com a contrafé da inicial para a efetivação da ordem de citação, o Juiz entendeu que, a partir do despacho que ordenou a citação do réu, a paralisação da execução por mais de 5 (cinco) acarreta a prescrição intercorrente que culmina na extinção do feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 267, IV, do Código de Processo Civil e 156, V, do Código Tributário Nacional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de junho de 2013.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Município de Campo Grande apela da sentença que, com espeque no artigo 269, inciso VI, do Código de Processo Civil, extinguiu, com resolução de mérito, a Ação de Execução Fiscal proposta em desfavor de Valdemar Aguillera, face à prescrição.

Defende, em breve síntese, a necessidade de ter sido intimado pessoalmente acerca da certidão dando conta da ausência de cópia da petição inicial para cumprimento do mandado de citação, rechaçando a possibilidade de ter o magistrado reconhecido a prescrição intercorrente.

Termina pedindo o provimento do recurso, nos termos de sua irresignação.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator).

Compulsando os autos, verifica-se que o magistrado *a quo* decretou a prescrição com amparo na redação do artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, que o autoriza a decretá-la de ofício.

In casu, ao constatar que o apelante não havia aparelhado a execução com a contra-fé da inicial para a efetivação da ordem de citação, o Juiz entendeu que, a partir do despacho que ordenou a citação do réu, a paralisação da execução por mais de 5 (cinco) acarreta a prescrição intercorrente que culmina na extinção do feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 267, IV, do Código de Processo Civil e 156, V, do Código Tributário Nacional.

O Superior Tribunal de Justiça, fazendo distinção entre a prescrição intercorrente e os demais casos de prescrição, admite que se decrete de ofício a prescrição intercorrente, com fundamento no artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, senão vejamos:

> *"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IPTU. NOTIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ENTREGA DO CARNÊ. PRESCRIÇÃO. PRAZO. TERMO INICIAL. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. VIABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento segundo o qual a entrega do carnê do IPTU no endereço do contribuinte é meio juridicamente eficiente para notificar a constituição do correspondente crédito tributário. 2. Transcorridos mais de cinco anos entre a constituição do crédito tributário e a propositura da execução fiscal, configura-se a prescrição da pretensão à cobrança do tributo. 3. O § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80 disciplina hipótese específica de declaração de ofício de prescrição: é a prescrição intercorrente contra a Fazenda Pública na execução fiscal arquivada com base no § 2º do mesmo artigo, quando não localizado o devedor ou não encontrados bens penhoráveis. **Nos demais casos, a prescrição, a favor ou contra a Fazenda Pública, pode ser decretada de ofício com base no art. 219, § 5º, do CPC.** 4. Não se conhece de recurso especial pela alínea a quando o dispositivo apontado como violado não contém comando capaz de infirmar o juízo formulado no acórdão recorrido. Incidência, por analogia, a orientação posta na Súmula 284/STF. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido"*[1].

No mesmo sentido:

> ***EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE**. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. NULIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. NULIDADE. VÍCIO SANÁVEL PELA EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS NOS AUTOS. 1. **A partir da vigência da Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que deu nova redação ao artigo 219, § 5º, do CPC, o juiz pode decretar de ofício a prescrição.** A referida norma tem aplicação imediata, incidindo nos processos em curso. Art. 6º da LICC. 2. O artigo 219, § 5º, do CPC constitui-se em norma de direito processual que se aplica às execuções fiscais, nos termos do artigo 1º da Lei n. 6.830/80. 3. A ação de cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos contados da data da sua constituição definitiva. Hipótese em que a prescrição se consumou antes do ajuizamento da execução. Negado seguimento ao recurso por ato do Relator. Art. 557 do Código de Processo Civil. 4. Não é de ser decretada a nulidade da certidão de dívida ativa se o vício apresentado pode ser suprido por outros documentos que instruem a petição inicial sem acarretar prejuízo à defesa do devedor. Precedentes do STJ. Hipótese em que o Município juntou aos autos demonstrativo dos valores cobrados a titulo de IPTU e de Taxa de Lixo. Recurso provido em parte por ato do Relator. Art. 557 do Código de Processo Civil (TJRS - Apelação Cível n. 70024806895, RELATORA: MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, J. 16/06/2008)*

Diante disso, não há falar em nulidade por falta de intimação pessoal do Procurador do Município de Campo Grande, pois, no caso dos autos, o processo não foi extinto por abandono da causa, que exige intimação do exequente, mas em decorrência da prescrição intercorrente (decurso do prazo de 05 anos

1 REsp 983.293/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.10.2007, DJ 29.10.2007 p. 201".

constados do marco temporal da interrupção - despacho de citação) instituto que incontestavelmente pode ser reconhecido de ofício pelo julgador, tal como lhe autoriza a lei.

Portanto, afasta-se o argumento, razão pela qual se tornam desnecessárias maiores incursões a respeito da possibilidade de o juiz decretar, de ofício, a prescrição intercorrente, nos termos do artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

Ressalto, por oportuno, que como já asseverou o Superior Tribunal de Justiça,"*repugnam os princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida . Assim, após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito pela via da prescrição, impondo-se segurança jurídica aos litigantes*" (Resp n. 855.525/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 21.11.06).

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 25 de junho de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0800474-70.2012.8.12.0045/50000 - Sidrolândia
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – AUSÊNCIA DE JUSTO MOTIVO – PRINCÍPIO DA DEFINITIVIDADE DO ASSENTO CIVIL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não vilumbrado justo motivo a autorizar a retificação do nome do infante registrado em assento civil, improcede o pleito, até porque se trata de mero capricho dos pais que mudaram posteriormente de ideia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de agosto de 2013.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

R. de S. M., representado pelos genitores M. M. de S. e R. L. M., agrava regimentalmente da decisão que negou seguimento ao recurso de apelação interposto nos autos da Ação de Retificação de Registro de Nascimento, a qual foi julgada improcedente.

Afirma, em resumo, que não pretende retirar ou trocar os apelidos de família, isto é, postula apenas acrescentar o agnome "Júnior" em seu nome, mantendo os demais dados já registrados.

Destaca que tal acréscimo não lhe colocará em nenhuma situação vexatória ou causará prejuízo a ninguém, logo acrescentar o pretendido agnome não desrespeitará o disposto no artigo 55, parágrafo único, da Lei n. 6.015/1973, ao contrário, vai de encontro aos permissivos dos artigos 56 e 58 do mesmo diploma legal, estando, assim, em harmonia com a Constituição Federal e a de Lei de Registros Públicos.

Sustenta que a Lei n. 6.015/1973 preconiza que independentemente de justificação poderá o interessado ao atingir a maioridade civil alterar o seu nome, desde que não prejudique seu sobrenome, consoante previsão do artigo 56, o que reforça a tese em comento, já que conta com apenas 2 anos de idade, aplicando-se a máxima principiológica "quem pode o mais, pode o menos".

Ao final, pugna pela reconsideração do *decisum* ou, alternativamente, a apreciação e provimento do recurso pelo órgão colegiado.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator).

Não obstante a tese defendida neste regimental, a decisão não comporta reparo, por estar em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, na ausência de elementos que possam ensejar a modificação do *decisum* vergastado, submeto a matéria atacada à apreciação do órgão colegiado competente, com o consequente desenvolvimento do raciocínio empregado, mantendo os termos outrora proferidos:

> *"Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, analiso as questões postas em liça por ordem de prejudicialidade.*
>
> *Preliminar: nulidade da sentença*
>
> *Ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à demanda. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (art. 131[1] do Código de Processo Civil), usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso. Vale dizer, o livre convencimento motivado do juiz, aliado ao seu poder de direção e de instrução (artigos 130 e 131, do mesmo codex), autorizam-no a dispensar a produção de provas, ainda mais em circunstâncias semelhantes às dos autos, em que o conjunto probatório indica que não é necessário fazê-lo.*
>
> *O raciocínio sopesado acima encontra respaldo no Superior Tribunal de Justiça, in verbis:*
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FUNCEF. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL QUE NÃO ALCANÇA O FUNDO DO DIREITO. **INDEFERIMENTO DE PROVA** PERICIAL. **CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.** UTILIZAÇÃO DE PERCENTUAIS DIFERENCIADOS ENTRE HOMENS E MULHERES. QUESTÃO DECIDIDA COM AMPARO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO.*
>
> *I - (...)*
>
> *II - O julgamento antecipado da lide, por si só, não caracteriza cerceamento de defesa, já que **cabe ao magistrado apreciar livremente as provas dos autos, indeferindo aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias**.*
>
> *III - (...)*
>
> *Agravo improvido".*
>
> *(STJ, AgRg no Ag 1018305 / RS, Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 01/07/2008) (g.n.)*
>
> *E ainda:*
>
> *PROCESSUAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PEDIDO DE PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL. AVAL DADO POR SÓCIO-GERENTE. RESPONSABILIDADE DA*

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

EMPRESA. DISCUSSÃO SOBRE ATO PRATICADO COM EXCESSO DE PODERES IRRELEVANTE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO.

*I. **É possível ao juízo da instrução a dispensa das provas requeridas pela parte, quando desnecessárias ao julgamento da causa, o que se verificou na hipótese dos autos**.*

II. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no Ag 183050 / SC, Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ 13/11/2000 p. 146) (g.n.)

In casu, revela-se despropositada a produção de provas, na medida em que inócua, já que evidente que pretende alterar o acatamento de sugestão conferida pelo oficial de registro.

Aliás, o artigo 109 da Lei n. 6.015/1973, o qual discorre sobre o procedimento de retificação do registro civil explicita no § 2º:

"Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

§ 1° Se qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público impugnar o pedido, o Juiz determinará a produção da prova, dentro do prazo de dez dias e ouvidos, sucessivamente, em três dias, os interessados e o órgão do Ministério Público, decidirá em cinco dias.

*§ 2° **Se não houver** impugnação ou **necessidade de mais provas, o Juiz decidirá no prazo de cinco dias**." (g.n.)*

Bem se vê que é facultada a dispensa de produção de provas também na Lei de Registros Públicos. A propósito, ainda, pertinente a doutrina carreada pelo ilustre Procurador de Justiça:

*"De acordo com o art. 334 do CPC, independem de prova os fatos: (i) notórios. (ii) afirmados por uma e confessados pela outra parte; (iii) não contestados, ou admitidos no processo como incontroversos; e (iv) em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. **Além disso, e embora não o diga expressamente, independem de prova os fatos impertinentes ou irrelevantes para o deslinde da causa, isto porque, como afirma ECHANDIA, se o fato não pode influir na decisão, a sua prova é claramente desnecessária trata-se de aplicação do princípio da economia processual**." (Fredie Didier Jr. in Curso de Direito Processual Civil - Volume 2, 2ª ed, Salvador: Podivm, 2008, p. 46) (g.n.)*

Conquanto tenha equivocadamente a magistrada sentenciante embasado a negativa de alteração no artigo 333, I, do Código de Processo Civil, é certo que tal fundamento é desinfluente para o deslinde do feito, já que se trata de ausência de amparo legal para a fatispécie, como se verá do exame meritório.

Deste modo, não merece prosperar o óbice aventado.

Mérito:

Ao que se depreende da leitura da petição inicial, a causa de pedir, da ação de retificação de nome, diz respeito à escolha feita pelo genitor no momento do registro de nascimento do ora apelante que atendeu ao conselho da cartorária e nomeou o filho com o sobrenome da mãe, excluindo o desígnio Júnior, e, após, em desacordo com a genitora, levaram o caso à Defensoria Pública para a propositura da presente demanda.

Entretanto, comungo o entendimento esposado pela magistrada sentenciante de que não há erro material ou outra escusa legal que ampare a pretendida retificação.

O nome pode ser modificado apenas se motivadamente justificado. A regra da inalterabilidade relativa do nome civil preconiza que o nome (prenome e sobrenome), estabelecido por ocasião do nascimento, reveste-se de definitividade, admitindo-se sua modificação, excepcionalmente, nas hipóteses expressamente previstas em lei ou reconhecidas como excepcionais por decisão judicial (artigo 57, Lei 6.015/1975), exigindo-se, para tanto, justo motivo e ausência de prejuízo a terceiros[2].

Como retrodelineado, o pai da criança assentiu com a sugestão proposta pela cartorária, se a mãe não, tal circunstância se revela insuficiente para a alteração vindicada, pois adequados o prenome e sobrenomes conferidos, identificando o menor com patronímicos tanto da família materna como da paterna, sem qualquer traço de erro gráfico, situação embaraçosa ou humilhante, divórcio ou hipótese de ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, que justificassem a procedência do pedido. Ao contrário, infere-se claramente se tratar de mero capricho por parte dos pais que mudaram posteriormente de ideia.

Corrobora o raciocínio acima sopesado a jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

CIVIL. ALTERAÇÃO DE NOME REQUERIDA POR MENOR IMPÚBERE. INEXISTÊNCIA DE JUSTO MOTIVO.

***Ainda que se admita possa o menor impúbere, devidamente representado por sua mãe, postular pela retificação de assento civil, não se verifica, na hipótese, justo motivo para tanto**.*

Recurso não conhecido.

(STJ, REsp 101.996/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 18/05/2000, DJ 14/08/2000, p. 174) (g.n.)

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO. SOBRENOME. MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. INEXISTÊNCIA. JUSTO MOTIVO.

ART. 56 DA LEI 6.015/73.

1. ***Malgrado seja possível à autora, na qualidade de menor impúbere, devidamente representada por sua mãe, pretender a retificação no registro civil, é imprescindível a caracterização de justo motivo, inexistente na espécie. Precedentes**.*

2. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 302.325/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2004, DJ 23/08/2004, p. 239) (g.n.)

Portanto, a manutenção da sentença é medida que se impõe."

Diante de tais considerações, tenho que a manutenção do *decisum* é medida imperativa, tanto pela juridicidade nele constante como pela inexistência, nos argumentos trazidos pelo agravante, de elementos capazes de ilidir o exposto anteriormente.

2 Inteligência do STJ, REsp 1138103/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/09/2011, DJe 29/09/2011.

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. Hildebrando Coelho Neto.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Hildebrando Coelho Neto e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 06 de agosto de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4006043-21.2013.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS – REQUISITOS NÃO COMPROVADOS – ARTIGO 6º DA LEI N. 11.804/2008 – JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTO – VEDADO – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não inferível do conteúdo fático-probatório encartado a gravidez da postulante nem indícios da paternidade da parte ré-agravada, a teor do disposto no artigo 6º da Lei n. 11.804/2008, resta obstaculizada a fixação de alimentos gravídicos liminarmente.

Ademais, há óbice à juntada posterior de documento no intuito de comprovar os aventados requisitos ante a ocorrência da preclusão consumativa, bem como porque a pretendida conversão dos alimentos em pensão alimentícia deve ser formulada perante o juízo de primeiro grau, sob pena de julgamento *per saltum*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de julho de 2013.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

P. da S. A. agrava regimentalmente da decisão que negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento interposto em face de J. A. B., oriundo dos autos da Ação de Alimentos Gravídicos.

Informa que o patrono tomou conhecimento do nascimento da infante, conforme certidão de nascimento em anexo, de modo que suficiente para a comprovação da paternidade e, consequentemente, para o arbitramento dos alimentos provisórios, agora convertidos em pensão alimentícia, nos termos dos artigos 852 a 854 do Código de Processo Civil e da Lei n. 5.478/1968, em especial o artigo 4º.

Por fim, requer o provimento recursal para conceder os alimentos.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator).

Não obstante a tese defendida neste regimental, a decisão não comporta reparo, por estar em consonância com a jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, na ausência de elementos que possam ensejar a modificação do *decisum* vergastado, submeto a matéria atacada à apreciação do órgão colegiado competente, com o consequente desenvolvimento do raciocínio empregado, mantendo os termos outrora proferidos:

> *"Os alimentos gravídicos foram regulados pela Lei 11.804/2008 que considerou como aqueles destinados a cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, além de outras que o juíz considerar pertinentes. Para que sua pretensão seja acolhida, a lei prevê que cabe ao juiz decidir sobre a fixação de alimentos com base em meros indícios de paternidade. E esses alimentos, uma vez fixados, permanecem em vigor até que ocorra o nascimento com vida, quando então serão convertidos em pensão alimentícia em favor do filho, ocasião em que poderão ser revistos, por provocação de qualquer das partes.*
>
> *Para tanto preceitua o artigo 6º do referido diploma legal:*
>
> *"Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré".*
>
> *Da intelecção vindicada para a fixação desta forma especial de alimentos é necessário que se preencham dois requisitos, quais sejam: a gravidez da postulante e a existência de indícios de paternidade a convencer o juízo.*
>
> *O agravo veio instruído apenas com fotos da autora-agravante, sem que se pudesse vislumbrar a ocorrência de quaisquer das exigências acima elencadas, pois não é possível verificar que a gravidez demonstrada é contemporânea, ou seja, da criança que afirma estar esperando, já que ausente um simples exame de gravidez laboratorial, bem como se o homem retratado nas demais fotografias é o pai do nascituro, porquanto inexistente outro elemento mínimo de convencimento do alegado.*
>
> *Com percuciência, aliás, ponderou o magistrado a quo: "(...) A única foto da autora com o requerido é a de fls. 14/15 não é suficiente para demonstrar o namoro dela com o requerido, fato este facilmente demonstrado através de correspondência, e-mails, cartas, torpedos, entre outros, e que poderiam ser suficientes para atender os requisitos da Lei. Desta forma, ausente no caso, qualquer indício da paternidade atribuída ao requerido, exigência do artigo 6º, da Lei 11.804/2008, não há como se conceder os gravídicos." (g.n.).*
>
> *Nem mesmo com a interposição do presente recurso, atendeu a agravante o mencionado pelo decisum vergastado, cingindo-se a trasladar tão somente as peças reconhecidamente inservíveis ao fim a que se destina. Esse contexto, obviamente, inibe a reforma pretendida."*

De fato, não se evidencia qualquer razão apta a alterar o ato judicial proferido, uma vez que é assente o entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que a juntada de novos documentos, em sede de agravo regimental, é inadmissível por força da preclusão consumativa[1].

Para que não remanesçam dúvidas, eis os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

1 Inteligência do STJ, AgRg no Ag 1159559/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012.

"REGISTRO PROFISSIONAL NO CREA. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

PEÇA DE TRASLADO OBRIGATÓRIO. INVIABILIDADE DE AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL.

I - Não deve ser conhecido o agravo de instrumento que está deficiente em sua formação, face à ausência da certidão de intimação da decisão agravada, peça obrigatória na formação do instrumento e essencial para a aferição da tempestividade do agravo de instrumento.

II - **Cabe ao agravante fiscalizar a formação do instrumento, instruindo o recurso com as cópias das peças obrigatórias e daquelas porventura indispensáveis ao seu julgamento, sendo inadmissível a juntada extemporânea da referida documentação**.

III - A análise de suposta violação a dispositivo constitucional é de competência exclusiva do Pretório Excelso, conforme prevê o artigo 102, inciso III, da Carta Magna, pela via do recurso extraordinário, sendo defeso a esta colenda Corte fazê-lo, ainda que para fins de prequestionamento.

IV - Agravo regimental improvido".

(STJ, AgRg no Ag 1105233 / RJ, Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJe 15/12/2008) (g.n.)

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇAS ESSENCIAIS. AUSÊNCIA. SÚMULA 288 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO.

I - O agravo de instrumento deve ser instruído com as peças obrigatórias e também com as necessárias ao exato conhecimento das questões discutidas.

II - **É dever processual da parte zelar pela correta formação do instrumento, não sendo possível sanar o vício com a juntada posterior de documento.**

III - Agravo regimental improvido".

(STF, AI-AgR 616119, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Julgado em 02.10.2007) (g.n.).

Ademais, o novo pedido, convertendo os alimentos gravídicos em pensão alimentícia, deve ser primeiramente formulado perante o juiz de primeiro grau, sob pena de julgamento *per saltum*.

Diante de tais considerações, tenho que a manutenção do *decisum* é medida imperativa, tanto pela juridicidade nele constante como pela inexistência, nos argumentos trazidos pela agravante, de elementos capazes de ilidir o exposto anteriormente.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 02 de julho de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0000642-65.2011.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RECURSO DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA – ALEGAÇÃO DE FRAUDE NO HIDRÔMETRO – PRETENSÃO DE COBRANÇA DE MULTA – NÃO DEMONSTRAÇÃO DA AUTORIA DA FRAUDE – ÔNUS DA CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO. PAGAMENTO EFETUADO E COBRADO INDEVIDAMENTE. DANOS MORAIS CONFIGURADOS – ATENDIMENTO ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DA RÉ IMPROVIDO.

Não é possível a cobrança de multa em decorrência da constatação de fraude no hidrômetro sem a demonstração da responsabilidade do consumidor pela irregularidade que, nos termos da regra inscrita no artigo 333 do CPC e artigo 6º, VIII, do CDC, deve ser feita pela concessionária do serviço público.

O fornecedor ou prestador de serviço deve ser diligente na condução de sua empresa a fim de prevenir a ocorrência de danos ao consumidor, de acordo com as normas de ordem pública constantes no CDC.

Configurada a cobrança indevida, mesmo sem inscrição do nome do consumidor nos órgãos de restrição ao crédito, está caracterizado o dano moral sofrido por aquela que, sem dar azo à cobrança e tendo-a pago anteriormente, recebe-a com a ameaça de suspensão do serviço público essencial.

O *quantum* indenizatório deve atender as peculiaridades do caso concreto.

Recurso conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de julho de 2013.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul, devidamente qualificada, interpõe, às fls. 118/132, recurso de apelação cível em face de Eberton Zarate Villalba, insurgindo-se contra a sentença de fls. 108/115 do douto juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Aquidauana, MS, que julgou parcialmente procedentes os

pedidos formulados pelo apelado em ação de ressarcimento por danos morais, condenado a apelante ao pagamento de indenização no valor de R$ 3.500,00.

Sustenta a recorrente que não houve prática de ato ilícito apto a ensejar a condenação ao pagamento de danos morais, uma vez que o hidrômetro instalado do imóvel do apelado estava realmente danificado e teve que ser trocado, de sorte que perfeitamente cabível a cobrança das despesas pela troca e instalação do novo hidrômetro.

Aduz que o apelado esteve em seu posto de atendimento e, de livre e espontânea vontade, firmou Termo de compromisso de Financiamento de Serviços, restando estipulado que pagaria o valor cobrado pela troca do hidrômetro (R$ 251,41) em doze parcelas de R$ 20,95, mas, ainda assim, realizou o pagamento do valor total em 27.01.2011.

Afirma que a fatura que vencia em 07.02.2011 já havia sido expedida, de sorte que não foi possível retirar o valor da conta de água, inexistindo má-fé de sua parte.

Defende ainda a inexistência do dano moral já que o autor não demonstrou que passou por qualquer tipo de humilhação ou abalo psicológico por receber a cobrança do parcelamento, já que o fato não se tornou público.

Sucessivamente, requer a redução do *quantum* indenizatório para o importe de R$ 251,41, pois o valor fixado é incompatível com o alegado dano moral sofrido.

Contrarrazões às fls. 137/143.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pela EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL em face de EBERTON ZARATE VILLALBA, insurgindo-se contra a sentença de fls. 108/115 do douto juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Aquidauana, MS, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo apelado em ação de ressarcimento por danos morais, condenado a apelante ao pagamento de indenização no valor de R$ 3.500,00.

A demanda foi proposta pelo apelado para obter indenização por danos morais e repetição do indébito decorrente de cobrança indevida, tendo em vista que, ao término do contrato de locação do imóvel em que residia, a ré-apelante emitiu cobrança no valor de R$ 251,41 para troca de hidrômetro fundada em um termo de ocorrência de fraude.

Afirma na inicial que "*é honesto e jamais cometeria tamanho absurdo! A suposta irregularidade encontrada não lhe pode ser atribuída. Mesmo assim, para terminar a locação o requerente pagou à vista o que foi cobrado*".

Relata que o valor foi pago integralmente para que fosse efetivado o consumo final e a devida entrega do imóvel ao locador, mas na conta do mês de fevereiro/2011 a cobrança da mesma dívida foi inserida no boleto afeto à conta de água, parcelada em 12 vezes de R$ 20,95.

O douto juízo *a quo* condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais, tendo em vista a cobrança indevida do valor que já havia sido quitado.

Irresignada a empresa-ré interpôs a presente apelação cível, sustentando que não houve prática de ato ilícito apto a ensejar a condenação ao pagamento de danos morais, uma vez que o hidrômetro instalado do imóvel do apelado estava realmente danificado e teve que ser trocado, de sorte que perfeitamente cabível a cobrança das despesas pela troca e instalação do novo hidrômetro.

Aduz que o apelado esteve em seu posto de atendimento e, de livre e espontânea vontade, firmou Termo de compromisso de Financiamento de Serviços, restando estipulado que pagaria o valor cobrado pela troca do hidrômetro (R$ 251,41) em doze parcelas de R$ 20,95, mas, ainda assim, realizou o pagamento do valor total em 27.01.2011.

Afirma que a fatura que vencia em 07.02.2011 já havia sido expedida, de sorte que não foi possível retirar o valor da conta de água, inexistindo má-fé de sua parte.

Defende ainda a inexistência do dano moral já que o autor não demonstrou que passou por qualquer tipo de humilhação ou abalo psicológico por receber a cobrança do parcelamento, já que o fato não se tornou público.

Sucessivamente, requer a redução do *quantum* indenizatório para o importe de R$ 251,41, pois o valor fixado é incompatível com o alegado dano moral sofrido.

Tenho que a sentença deve ser mantida.

I. Da ilegalidade da cobrança

Verifica-se da inicial que o autor pede a indenização por dano moral não somente pela cobrança de dívida já quitada, mas pela cobrança indevida de multa decorrente de suposta fraude no hidrômetro do imóvel que locava à época do fato.

É de se ver que o contrato de locação foi firmado em 07.07.2010, e o término da locação se daria em 01.02.2011.

Em 19.08.2010 o autor foi obrigado a efetuar o pagamento de R$ 11,06 pelo serviço 34000 (conserto CAV.PVC 3/4), conforme termo de compromisso de f. 10.

Em 05.01.2011 foi requerida a vistoria de consumo final (f. 11) e na mesma data foi lavrado o termo de ocorrência por fraude no hidrômetro, sendo que no referido termo não foi colhida a assinatura de qualquer morador do imóvel.

No mencionado termo de ocorrência constou o seguinte aviso ao usuário:

> *"CONSTATAMOS QUE FOI DETECTADO IRREGULARIDADE NA LIGAÇÃO DE ÁGUA DESTE IMÓVEL, DEVENDO VOSSA SENHORIA COMPARECER AO NOSSO ESCRITÓRIO, MUNIDO DESTE DOCUMENTO, NO PRAZO DE 48 HORAS, PARA REGULARIZAR VOSSA SITUAÇÃO, SOB PENA DE SOFRER SANÇÕES/ INTERRUPÇÃO DE FORNECIMENTO".*

Em 27.01.2011 foi firmado entre as partes o Termo de Compromisso de Financiamento de Serviços de f. 13, pelo qual o autor confessou ser devedor da quantia de R$ 251,41 referente ao serviço solicitado de troca do hidrômetro por irregularidade no aparelho e o valor foi pago, à vista, na mesma data (f. 14).

No entanto, na conta referente ao mês de fevereiro de 2011 constou a cobrança de n. 71809195, no valor de R$ 20,95, especificada da seguinte forma: multa+hidrômetro danificado 01/12 (f. 15).

Os fatos relatados não foram negados pela empresa-ré, a qual baseou sua defesa na legalidade da multa pelo defeito no medidor e no fato de a cobrança indevida ter sido feita por erro, que foi prontamente corrigido.

O cerne da discussão não é a existência de irregularidade hidrômetro, vez que a referida "anomalia" não foi contestada pelo autor - e nem seria possível diante de sua hipossuficiência técnica -, mas sim **a sua responsabilidade sobre a irregularidade,** de sorte que **a autoria** da eventual fraude deveria ter sido demonstrada pela empresa concessionária, vez que esta imputou a conduta ilícita ao consumidor, pelo fato de ser residente do imóvel onde o hidrômetro estava instalado.

Não é possível presumir que o autor o teria feito e, mais do que isto, que assim teria agido de má-fé, para lograr êxito em diminuir o consumo de sua conta de água, até mesmo pelo fato de que, exposto ao tempo e com acesso para a rua, com acesso público, portanto, é presumível que qualquer um poderia ter praticado os atos que implicaram na violação do hidrômetro.

Ademais, não foi comprovada a real redução na conta de água do autor que indicasse a existência da referida fraude.

No campo do direito processual e no que diz respeito ao ônus da prova, sabe-se que o Código de Processo Civil, em seu artigo 333, divide a responsabilidade entre autor e réu, o que faz através dos seus incisos I e II.

Comentando o dispositivo processual, o eminente professor **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO** preleciona:

> *"(...) A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente.*
>
> *O juiz deve julgar secundum allegatta et probata partium e não secundum propriam suam conscientiam - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).*
>
> *(...) O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor" (Teoria Geral do Processo, 7a. ed., RT, 1990, p. 312).*

Assim, no caso presente caberia à concessionária-ré demonstrar a autoria da alegada fraude após a sua imputação, de modo que a falta da prova acarreta a nulidade da obrigação imposta ao consumidor.

Esse entendimento é pacífico no âmbito do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, conforme se infere dos arestos abaixo transcritos:

> *13.3.2012 - Terceira Câmara Cível - Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.004709-8/0000-00 - Nioaque. Relator - Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.*
>
> *E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE DÉBITO – COBRANÇA DA DIFERENÇA ENTRE O CONSUMO EFETIVO E O CONSUMO FATURADO DA ENERGIA ELÉTRICA – VIOLAÇÃO DE LACRE DO MEDIDOR DE ENERGIA – **AUSÊNCIA PROVA DE FRAUDE PELO CONSUMIDOR** – AUSÊNCIA DE CULPA PELA CONCESSIONÁRIA – ART. 71 DA RESOLUÇÃO 456/2000 DA ANEEL*

– MÉDIA ARITMÉTICA DOS TRÊS MESES ANTERIORES À REDUÇÃO – DANOS MATERIAIS – NÃO COMPROVAÇÃO – DANOS MATERIAIS – INOCORRÊNCIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Havendo diferença entre o consumo efetivo e o consumo faturado é possível a recuperação do importe referente ao consumo de energia elétrica, que deverá observar as regulamentações da ANEEL (Res. 456/00).

Não basta a mera alegação da concessionária de ocorrência de fraude pelo consumidor, sendo que a simples aferição da existência de irregularidade no medidor de energia elétrica mediante perícia realizada de forma unilateral não é prova cabal de que o usuário se valeu de expedientes desabonadores com o propósito de impedir a correta aferição do consumo de energia elétrica.

Entendendo-se que houve deficiência no medidor não atribuível à concessionária ou ao consumidor, aplica-se o art. 71 da Resolução 456/00 da ANEEL, utilizando como valores faturáveis de consumo de energia elétrica, as médias aritméticas dos 3 (três) últimos faturamentos.

Deverão ser cobradas as tarifas em vigor nos últimos trinta dias anteriores à data da constatação (art. 77, I, Res. ANEEL n. 456/00), descontados os valores já pagos pelo consumidor no período, abstendo-se ainda da cobrança de multa, custo administrativo adicional e da suspensão do fornecimento da energia elétrica.

Sem que seja comprovado nos autos qualquer dano material causado por ato ilícito da demanda, bem como conduta a causar danos na esfera anímica, refutam-se os pedidos indenizatórios." (16.2.2012 - Quinta Câmara Cível - Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.000519-3/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.)

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – CONCESSIONÁRIA FORNECEDORA DE ÁGUA – RECUPERAÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE O CONSUMO DE ÁGUA EFETIVO E O CONSUMO FATURADO – POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – AUSÊNCIA DE FRAUDE PELO CONSUMIDOR – INEXISTÊNCIA DE aumento do consumo após a substituição do HIDRÔMETRO – DÉBITO INSUBSISTENTE – PEDIDO DECLARATÓRIO JULGADO PROCEDENTE – DANOS MORAIS – ABUSO DE DIREITO – EXCESSO INESCUSÁVEL – DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO – RECURSO DESPROVIDO.

I - A fim de repulsar o enriquecimento sem causa do consumidor e manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessionária, é incontestável que a empresa de abastecimento de água pode exigir a contraprestação referente à água consumida a maior, desde que se valha dos procedimentos previstos em regulamento e que efetivamente reste constatado algum consumo impago.

II - Considerando a inexistência de ato formal de imputação de débito (Termo de Ocorrência de Irregularidade/Fraude) e à míngua de circunstâncias que evidenciem a fraude e o aumento do consumo após a substituição do hidrômetro, indene de dúvidas que a cobrança de multa, custo administrativo de troca de medidor e cobrança de diferença de consumo mostra-se ilegal.

III - Se a concessionária, por meio de seus prepostos, agiu com falta de moderação, imputando a prática de conduta ilícita ao usuário em frente a transeuntes, sem ao menos levantar maiores subsídios acerca do fato, é de rigor reconhecer o abuso de direito indenizável.

> *IV - Estando presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil extracontratual é de se manter a condenação da concessionária no pagamento de uma indenização por danos morais em favor do consumidor.*
>
> *V - Se o valor arbitrado em primeiro grau, por um lado, não se mostra baixo, assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização e, por outro, não se apresenta elevado a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa do lesado, não se há de falar na minoração em grau recursal. (13.3.2012, Terceira Câmara Cível, Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.004519-7/0000-00 - Campo Grande, Relator - Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson).*
>
> *E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE OBRIGAÇÃO C/C DANOS MORAIS – DANO VERIFICADO EM HIDRÔMETRO INSTALADO NA UNIDADE RESIDENCIAL DO APELADO – INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA FRAUDE SUPOSTAMENTE OCORRIDA – COBRANÇA INDEVIDA – SUSPENSÃO DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA SEM QUALQUER AVISO PRÉVIO – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM PRUDENTEMENTE ARBITRADO PELO JULGADOR DE PRIMEIRO GRAU – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (2.2.2012, Quinta Câmara Cível, Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.037749-3/0000-00 – Miranda, Relator - Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso)*

Seria mesmo teratológico e temerário impor ao consumidor o pagamento de multa por fraude no hidrômetro, cuja existência e autoria não foram comprovadas, até porque, em se tratando, como se trata na espécie, de relação de consumo, a presunção é exatamente o contrário, a saber, da regularidade, cabendo à concessionária a prova contrária, para fazer jus ao recebimento da multa correspondente ao fato descrito na inicial (artigo 6.º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

Diga-se, então, que por não ter restado comprovada a culpa do autor para a ocorrência da anomalia encontrada no hidrômetro de sua residência, não pode ser responsabilizado pelo pagamento da quantia que lhe fora imposta pela ré.

Assim, ante a ausência de provas substanciais da ocorrência de fraude por parte do autor, padece de ilegalidade a quantia cobrada pela suposta utilização dos serviços, restando afastada a referida multa.

Como se não bastasse, conforme afirmei linhas atrás, após o pagamento à vista do valor cobrado a título de multa por fraude no hidrômetro, foi inserida na conta de água do imóvel em comento a referida cobrança, desta vez parcelada em 12 prestações.

Em que pese a alegação de que o parcelamento havia sido feito pelo autor e foi posteriormente cancelado, o que teria ocasionado a inclusão errônea da cobrança, não há nos autos prova desse parcelamento, sendo certo ainda que a referida cobrança, vinculada à conta de consumo de água, é ilegal, conforme dispõe a norma contida no art. 1ª da Lei n. 3.925/2010, a seguir transcrita:

> *Art. 1º Ficam as empresas concessionárias dos serviços de fornecimento de água canalizada e esgotamento sanitário no Estado de Mato Grosso do Sul proibidas de realizarem a cobrança de indenizações, multas e outros encargos decorrentes de suposta fraude, no mesmo documento de cobrança de consumo mensal desses serviços.*
>
> *§ 1º A cobrança de encargos decorrentes de fraude, juntamento com os valores do efetivo consumo mensal dos serviços de fornecimento de água canalizada e esgotamento sanitário, configura medida de autotutela e viola o princípio da jurisdição única, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.*

Daí a ilegalidade da cobrança e a prova do ato ilícito praticado pela ré.

II. Do dano moral.

A base legal invocada para o pedido de indenização por danos morais encontra-se nos seguintes dispositivos do Código Civil:

> *"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".*
>
> *"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repara-lo".*

Dos artigos transcritos, verifica-se que para surgir o dever de indenizar o dano causado a outrem é mister a presença de três elementos: o dano suportado pela vítima, a conduta culposa do agente e o nexo causal entre os dois primeiros.

A conduta culposa e o nexo causal são óbvios. O que resta é analisar se o dano teve o condão de afetar a moral subjetiva do autor, ultrapassando o limite do mero aborrecimento.

No caso, em que pese a dívida não ter sido inscrita nos órgãos de proteção ao crédito e não ter havido o corte no fornecimento do serviço, tenho que o fato ultrapassa o limite do aceitável.

Isso porque o consumidor, que não deu causa alguma à cobrança, se viu na iminência de ver afetado o serviço a ele prestado por erro da empresa concessionária de serviço público, a qual, na grande maioria das vezes, age com ineficiência, gerando transtornos e aborrecimentos que por certo extrapolam, em muito, o limite do tolerável.

A configuração do dano moral exige a necessária demonstração explícita de circunstância que tenha gerado constrangimento e dor psicológica à vítima e ao meu modo de ver, *in casu*, está comprovado que o ato ilícito e abusivo da ré ocasionou o dano relatado pelo autor.

É de se ver, como relatado, que o autor-apelado foi inicialmente impelido a efetuar o pagamento, que entendia indevido - pois não havia praticado fraude alguma -, tendo em vista a necessidade de obter o consumo final.

E efetuou tal pagamento, à vista, dois dias após a emissão do termo de ocorrência que havia constatado a irregularidade a ele imputada, como forma de se livrar da dívida e encerrar a pendência com a ré-apelante.

No entanto, a cobrança foi inserida na conta de consumo de água do mês posterior, a qual, além de indevida diante da ausência de culpa do consumidor pela fraude constatada, já havia sido devidamente quitada.

No caso dos autos, a apelada agiu em desacordo com a Lei Estadual acima citada e com o Código de Defesa do Consumidor, de sorte que o abuso está demonstrado e também o dano moral suficiente a gerar o dever de indenizar o autor da ação.

O fato é que as reclamações no judiciário em relação às concessionárias de serviço público aumentam substancialmente, em virtude de erros e da ineficiência de tais serviços.

A toda evidência, medidas repreensivas como a que está sendo tomada neste julgado prestigiam o sistema legal de proteção ao consumidor que, enquanto parte mais frágil na relação de consumo, está sujeito a incômodos e contrariedades decorrentes de um sistema que muitas vezes é defeituoso e ineficaz, assim como ficou evidenciado no presente caso.

Daí porque entendo que há, sim, dano moral a ser indenizado.

III. Do *quantum* indenizatório.

Em relação ao valor da indenização por danos morais, no Direito Brasileiro predomina o critério do arbitramento pelo juiz, pelo qual este se vale de um juízo discricionário a fim de estabelecer o valor indenizatório. Em outras palavras, não existindo um critério objetivo e matemático para tanto, cabe, então, ao magistrado a peculiar tarefa de, a depender das circunstâncias de cada caso, decidir qual a justa e razoável recompensa pelo dano moral sofrido.

Cumpre destacar que essa fixação não se dá ao bel prazer do magistrado. Este deve, *"ao fixar o valor, e à falta de critérios objetivos, agir com prudência, atendendo, em cada caso, às suas peculiaridades e à repercussão econômica da indenização, de modo que o valor da mesma não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo"*[1]

Entretanto, essa margem de discricionariedade e subjetividade do juiz é limitada, na medida em que há de se considerar elementos, como, por exemplo, as condições das pessoas em litígio, em especial as econômicas e sociais, as consequências do evento danoso, sua durabilidade, etc., atendendo, dessa forma, aos objetivos da reparação civil, quais sejam, a proporcionar compensação pelo dano experimentado pela vítima, minorando-lhe os efeitos adversos do dano sofrido.

Haverá de ser considerado ainda que o valor arbitrado deve punir o ofensor, desmotivando-o para a prática de atos de idêntica natureza e, finalmente, que o valor fixado seja causa de enriquecimento da vítima, ultrapassando os objetivos da própria reparação que não está voltada para tal propósito.

No caso dos autos, como o autor não teve o nome negativado, entendo que a importância de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) guarda correspondência com a gravidade da lesão, porque se insere dentro da cautelaridade e proporcionalidade que são balizados pelos elementos acima indicados.

IV. Dispositivo

Diante de tais considerações, conheço do recurso e lhe **nego provimento,** mantendo a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Juiz Marcelo Câmara Rasslan e Des. Josué de Oliveira.

Campo Grande, 30 de julho de 2013.

***

1 TJMG. AC 87.244. Terceira Câmara. Julgamento: 9/4/1992. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 9ª edição, Editora Saraiva, p. 587.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0056193-81.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL ATÉ A DATA DO ÓBITO DA COMPANHEIRA – ÔNUS DA PROVA PERTENCENTE À PARTE QUE ALEGA O FATO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, I, DO CPC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A união estável é família de fato, formada por pessoas de sexos diferentes que convivem sob um mesmo teto, de forma pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem as formalidades exigidas para o casamento. Nasce, portanto, de um fato que deve ficar efetivamente demonstrado para a produção dos efeitos jurídicos almejados e concernentes a uma típica entidade familiar.

Quem tem interesse de estabelecer um fato deve fornecer sua prova. Daí a distribuição do ônus da prova, na forma do artigo 333 e seus incisos do CPC.

Se o requerente alega que a união estável perdurou até a data do óbito de sua companheira, é seu o ônus da prova, por ser fato constitutivo de seu direito, de tal sorte que se não faz prova convincente sofre tal fato, deve ser mantido seu reconhecimento apenas até a data onde a existência do relacionamento era incontroversa.

Sentença mantida. Recurso improvido,com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 16 de julho de 2013.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

W. M. F. interpõe apelação cível às fls.438/445 contra a sentença de fls.403/411 do douto juiz da 2ª vara de família da comarca de Campo Grande/MS que julgou procedente o pedido por ele formulado em ação de reconhecimento de união estável proposta em face d**e** E. J. dos S. (sucedida posteriormente por seu Espólio).

Consta nos autos que o recorrente ajuizou ação declaratória de união estável c/c com partilha de bens alegando que conviveu em união com a a falecida E. J. dos S. desde 12.06.2001. Aduziu que no final do ano de 2006 a convivente sofreu uma séria hemorragia cerebral, sendo acometida de estado de coma, momento em que sua filha e seu sobrinho ajuizaram ação de interdição, onde obtiveram sua curatela.

A convivente veio a óbito em 29.04.2009, tendo a ação prosseguido em face de seu espólio.

A douta magistrada de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais e reconheceu a existência de união estável entre as partes entre o início do ano de 2001 e a data de 21.10.2006 (data de internação da companheira em decorrência de acidente vascular cerebral).

Contra essa decisão insurge-se o apelante.

Afirma que o reconhecimento da união estável deve perdurar até a data do óbito da companheira, eis que no momento de sua internação eles ainda conviviam como casados.

Aduz que após tal data a companheira não pode mais expressar sua vontade, de modo que não houve expressa manifestação a respeito do fim relacionamento do casal.

Salienta que no momento da internação ambos ainda residiam sob o mesmo teto como se casados fossem, de maneira que não há como ser reconhecido o fim da união estável em momento posterior, eis que a partir daquele fato a convivente não pode mais expressar sua vontade.

Alegou que os familiares de sua companheira impediram seu acesso a ela durante a doença, com o intuito de descaracterizar a união estável.

Ao final requer o conhecimento e provimento do presente recurso para o fim de seja reconhecido que o fim da união estável se deu com o óbito da companheira E. J. dos S.

Regularmente intimado, o apelado apresentou contrarrazões às f.450/456, pugnando pelo improvimento do presente recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às fls.463/468, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator).

Primeiramente é necessário esclarecer que o ponto controvertido a ser analisado no presente recurso refere-se tão somente ao termo final da união estável existente o autor/apelante e a falecida senhora E. J. dos S., eis que a existência da convivência é incontroversa nos autos.

Conforme relatado, foi reconhecido, em juízo, que as partes conviveram maritalmente entre o fim do ano de 2001 e 21.10.2006, data em que a companheira sofreu um "acidente vascular cerebral" e entrou em coma, não podendo mais expressar sua vontade.

Veja-se a justificativa da eminente magistrada (fls.410):

> *"Contudo, em que pesem as declarações supras, no sentido que, em 2005, a falecida Edna não mais convivia com o requerente, tendo inclusive, solicitado sua retirada do plano de saúde da UNIMED, bem como do FAME, é certo que tais declarações não*

foram corroborados pelos demais elementos de prova coligidos para os autos, em especial a documentação de f.20, na qual consta que, em outubro/2006, ou seja, um mês, após a internação da Sra. E. J. dos S. , o Sr. W. M. F. ainda constava como seu dependente junto à Associação Sul-Mato Grossense do Ministério Público, na qual constava como inscrito desde 23.05.2003.

Deste modo, pelas provas produzidas no presente feito, tenho que a união perdurara por aproximadamente 5 (cinco) anos, mais precisamente até a data da internação da Sra. E. J. dos S., quando a mesma fora acometida de um "acidente vascular cerebral". Por esta alegação, e considerando que o termo final da convivência deu-se com a internação da companheira, em 21/10/2006, reconheço o termo inicial como sendo o ano de 2001."

Dessa sentença insurge-se o recorrente por meio do recurso de apelação.

Afirma que o reconhecimento da união estável deve perdurar até a data do óbito da companheira, eis que no momento de sua internação eles ainda conviviam como casados. Aduz que após tal data a companheira não pode mais expressar sua vontade, de modo que não houve expressa manifestação a respeito do fim relacionamento do casal.

Entendo que não assiste razão ao apelante, devendo ser mantida a sentença prolatada pelo MM. Juiz de primeiro grau, na qual foi fixado o termo final para a união estável entre as partes.

A evolução das relações pessoais levou o Código Civil de 2000 a sedimentar as orientações doutrinárias e jurisprudenciais, destacando um capítulo especial para a união estável. Essa orientação foi embasada diretamente pelo artigo 226 § 3º da Constituição Federal, que dispõe que: " *para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"*

É cediço que a união estável fica caracterizada como entidade familiar, conforme disposição do art. 1.723 do Código Civil, com a convivência entre homem e mulher, *"pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família"*. Nasce, portanto, de um fato que deve ficar efetivamente demonstrado para a produção dos efeitos jurídicos de uma típica relação familiar.

Neste sentido é a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, abaixo transcrita:

"Na união estável, sem dúvida, tem-se a mesma conduta pública e privada, a mesma comunhão de vida e as mesmas expectativas afetivas do casamento. Até mesmo porque tudo que um casamento pretende é ser uma união estável, diferenciando-se, apenas, pela exigência de solenidades para a constituição.

[...]

Sem dúvida, o intuito de constituir família é o requisito principal para a caracterização da união estável. E não poderia ser diferente, pois se a Constituição Federal confere status de entidade familiar à união estável, gozando, por conseguinte, de especial tutela estatal, não poderão ser admitidos como tais os relacionamentos ***desprovidos da intenção de criar laços familiares*** *livres (e, até mesmo, duradouros), mas desprovidos da intenção de criar laços familiares.*

Trata-se, efetivamente, da firme intenção de viver como se casados fossem.[1]*Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 391 e 393)*

1 FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson*: "Direito das Famílias*." Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 391 e 393)

Por ser uma situação de fato, e não possuir requisitos formais para ser configurada, a união estável deve apresentar alguns elementos caracterizadores, quais sejam, diversidade de sexos, estabilidade, publicidade, continuidade e ausência de impedimentos matrimoniais. Assim, percebe-se que restará reconhecida a entidade familiar quando a situação fática se aproximar de um casamento, ou seja, que os conviventes realmente tenham ânimo de constituição de uma vida em comum.

Dentro dessa perspectiva, entendo que seria gerada uma incerteza social se todas a relações duradouras de afetividade tivessem o condão de se enquadrar dentro do conceito de união estável.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

> *"DIREITOS PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. CONVIVÊNCIA SOB O MESMO TETO. DISPENSA. CASO CONCRETO. LEI N.9.728/96. ENUNCIADO N. 382 DA SÚMULA/STF. ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECONVENÇÃO. CAPÍTULO DA SENTENÇA. TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM. HONORÁRIOS. INCIDÊNCIA SOBRE A CONDENAÇÃO. ART.20, § 3º, CPC. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.*
>
> *I - Não exige a lei específica (Lei n. 9.728/96) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade,a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a existência da união estável.*
>
> *II - Diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes.*
>
> *III - O que se mostra indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja aparência de casamento, como no caso entendeu o acórdão impugnado.*
>
> *IV - Seria indispensável nova análise do acervo fático-probatório para concluir que o envolvimento entre os interessados se tratava de mero passatempo, ou namoro, não havendo a intenção de constituir família.*
>
> *V - Na linha da doutrina, "processadas em conjunto, julgam-se as duas ações [ação e reconvenção], em regra, 'na mesma sentença' (art.318), que necessariamente se desdobra em dois capítulos, valendo cada um por decisão autônoma, em princípio, para fins de recorribilidade e de formação da coisa julgada".*
>
> *VI - Nestes termos, constituindo-se em capítulos diferentes, a apelação interposta apenas contra a parte da sentença que tratou da ação, não devolve ao tribunal o exame da reconvenção, sob pena de violação das regras tantum devolutum quantum apellatum e da proibição da reformatio in peius.*
>
> *VII - Consoante o § 3º do art. 20, CPC, "os honorários serão fixados (...) sobre o valor da condenação". E a condenação, no caso, foi o usufruto sobre a quarta parte dos bens do de cujus. Assim, é sobre essa verba que deve incidir o percentual dos honorários, e não sobre o valor total dos bens."*
>
> *(Processo REsp 474962 / SP RECURSO ESPECIAL 2002/0095247-6 Relator(a) Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 23/09/2003 Data da Publicação/Fonte DJ 01/03/2004 p. 186 RBDF vol. 23 p. 93 RDR vol. 30 p. 444 Ementa.)*

No caso concreto, diante da peculiaridade da situação apresentada, as provas trazidas aos autos demonstraram a existência de um vínculo apto a caracterizar a União Estável apenas até determinado momento.

Deveras, não há nos autos qualquer comprovação de que o apelante efetivamente continuou com o ânimo de convivência com a falecida Edna após esta ter sofrido o Acidente Vascular Cerebral que lhe acarretou o coma.

Ao contrário, as provas coligidas – em que pese demonstrarem que o apelante socorreu a senhora Edna quando da manifestação da doença – mostram que mesmo antes de tal fato a situação vivenciada pelo casal não era harmônica, havendo sérios indícios sobre o fim ou o iminente fim do relacionamento.

Corrobora tal conclusão o fato de que não há nos autos qualquer comprovação de que o apelante efetivamente continuou a se comportar como companheiro da falecida durante o decorrer o de sua doença e de seu tratamento na cidade de São Paulo. Ao contrário, as testemunhas ouvidas afirmaram que não souberam sequer da ocorrência de uma visita por parte do autor enquanto a senhora Edna estava em tratamento naquela cidade.

Confira-se o teor dos testemunhos:

Eliane Flores Sampaio (fls.342):

> *"Que soube através de uma irmã da falecida que o autor ia ao hospital para visitar dona Edina, quando esta estava internada na CTI aqui em Campo Grande. Que quando a falecida estava em São Paulo o autor não visitou a mesma. Que tomou conhecimento do fato através de familiares e amigos da falecida. Que frequentou algumas vezes a casa de Edina aqui em Campo Grande. Que nunca viu o autor na casa de Edina."*

Elizete Ferreira de Souza (f.344):

> *"Que a declarante não se recorda se o autor a Sra. Edina possuíam conta conjunta, mas que o autor movimentava a conta da falecida, tanto que, esta firmou uma declaração no sentido de não mais autorizar o autor a movimentar tal conta bancária. Que dois dias antes da falecida sofrer um AVC, a mesma esteve no Sicred e estava chorando bastante, muito nervosa, desejando encerrar sua conta bancária. Afirmou ainda que nessa ocasião que sua filha estava sofrendo muito e que por isso iria mudar de cidade. Que a depoente acredita que o motivo da mudança seria o relacionamento da falecida com o autor, não sabendo se este insistia no relacionamento, o que causava desinstabilidade na falecida. Que a falecida disse a depoente que o autor queria reatar com a mesma, mas este insistia no relacionamento e que por isso decidira mudar de cidade.Que pelo que sabe o autor não teria visitado a falecida quando esta estava internada no hospital."*

Com esse quadro probatório, é impossível dar guarida à pretensão do autor de ver reconhecida a manutenção da união estável até data do óbito da senhora Edna.

De fato, não houve demonstração da intenção do autor em manter o vínculo afetivo com a falecida enquanto ela estava em tratamento, por mais de dois anos, na cidade de São Paulo, eis que não trouxe aos autos nem mesmo a comprovação de que realizou uma visita a ela durante aquele período.

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

É cediço que, sem o conhecimento dos fatos, é impossível ao julgador dizer a solução jurídica reclamada, tendo, portanto, o ônus suma importância.

Ao tratar do ônus da prova, o emérito CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que dispensa apresentações, apostrofou:

> *"(...) A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente.*
>
> *O juiz deve julgar* ***secundum allegatta et probata partium*** *e não* ***secundum propriam suam conscientiam -*** *e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).*
>
> *(...) O ônus da prova recai sobre aquele a quem* ***aproveita o reconhecimento do fato****. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato* ***constitutivo*** *de seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor." (Teoria Geral do Processo, 7a. ed., RT, 1990, p. 312).*

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

O mesmo autor, em outro local[2], professando com brilho doutrina a que me filio, afirma que *o ônus da prova incumbe tanto ao autor que apresenta um pedido ou pretensão, como ao réu, que solicita seja o pedido ou pretensão rejeitado*".

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

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

No caso dos autos, o juiz *a quo* analisou de forma segura as informações que foram trazidas pelo requerente e expendeu o seu juízo de convencimento. A motivação contida na r. sentença confirma o acerto do provimento ali exarado, que, a meu modo de ver, não merece qualquer reforma.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença atacada, com o parecer.

2 *In:* Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, volume 2, tomo I, São Paulo: Saraiva, p.244.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM O PARECER.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Josué de Oliveira.

Campo Grande, 16 de julho de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0073052-70.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PREEMPÇÃO C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – DIREITO DE PREFERÊNCIA PREVISTO EM CONTRATO DE LOCAÇÃO – AVERBAÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO – IMPRESCINDIBILIDADE PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA – CONTRATO AVERBADO NO REGISTRO DO IMÓVEL APÓS A ALIENAÇÃO DO BEM – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE PREEMPÇÃO – TRANSFERÊNCIA DO BEM FEITA MEDIANTE CONTRATO DE DOAÇÃO – EXCLUSÃO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA. RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO.

A não-averbação do contrato de locação no registro de imóveis impede o exercício do direito de preferência pelo locatário, sendo improcedente o pedido de anulação da compra e venda do imóvel locado, nos termos do art. 33 da Lei 8.245/91.

O direito de preferência não alcança os casos de doação de imóvel, ainda que com encargo, conforme dispõe o art. 32 da Lei de Locações.

Recurso do autor improvido.

RECURSO DOS RÉUS – MAJORAÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – HONORÁRIOS FIXADOS EM QUANTIA RAZOÁVEL E ADEQUADA AO ART. 20, § 4º, DO CPC. PRETENSÃO DE RETENÇÃO DO DINHEIRO DEPOSITADO EM JUÍZO PARA PAGAMENTO DA VERBA HONORÁRIA – IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

O art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, determina a fixação equitativa dos honorários advocatícios através de ponderação e razoabilidade, pelos serviços desenvolvidos pelo profissional da advocacia e o interesse econômico em disputa, não devendo ser majorada a verba fixada em consonância com essa regra.

Deve ser rejeitada a pretensão de retenção do valor consignado pelo autor em juízo, uma vez que o depósito tinha o fim específico de garantir o exercício do direito de preferência discutido nos autos, devendo a parte vencedora, se não cumprida espontaneamente a sentença, ajuizar o cumprimento de sentença previsto no art. 475-J do CPC.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de julho de 2013.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de dois recursos de apelação cível interpostos por Davi Ribeiro Chaves (fls. 216/228) e por Matilde de Oliveira Bitencourt, Eustáquio Ovando Bitencourt, Estevão Luiz de Oliveira Neto, Paulinho Luiz de Oliveira e Nigelly Freitas Miranda de Oliveira (fls. 238/248), insurgindo-se contra a sentença de fls. 201/208 do douto juízo da 10ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, MS, que:

a) julgou improcedente a ação de preempção cumulada com consignação em pagamento n. 0073052-70.2010.8.12.0001, que Davi Ribeiro Chaves moveu contra Matilde de Oliveira Bitencourt, Eustáquio Ovando Bitencourt, Estevão Luiz de Oliveira Neto, Paulinho Luiz de Oliveira e Nigelly Freitas Miranda de Oliveira, determinando o levantamento dos depósitos às fls. 63, 118, 125, 147 e 172;

b) julgou procedente a ação de imissão na posse n. 0010736-84.2011.8.12.0001, que Estevão Luiz de Oliveira Neto, Matilde de Oliveira Bitencourt e Paulino Luiz de Oliveira moveram contra Davi Ribeiro Chaves, para o fim de imitir os requerentes na posse do imóvel localizado no Lote 20, Quadra 38, da Vila Jardim Paulista, nesta Capital, objeto da matrícula n. 204.253 do CRI de Campo Grande/MS, confirmando a liminar às fls. 186/188.

Davi Ribeiro Chaves sustenta em seu recurso que os réus-apelados violaram o seu direito de preferência previsto no artigo 27 da Lei 8.245/91, tendo em vista ser locatário de imóvel alienado à Nagelly Freitas Miranda de Oliveira, de matrícula n. 204253 do CRI de Campo Grande, MS.

Aduz que apenas foi notificado após a concretização da venda, em 08.09.2010, conforme documento de f. 29, sendo que depositou o valor estipulado na cláusula segunda do compromisso de compra e venda do imóvel, na qual restou estabelecido que o imóvel seria vendido pelo valor do IPTU.

Alega que retirou a sua família do imóvel, mas continuou efetuando o depósito dos valores correspondentes ao aluguel.

Ressalta que não há o que se falar em doação, uma vez que o instrumento contratual foi denominado como contrato particular de compromisso de compra e venda.

Pede a reforma da sentença em sua integralidade.

Matilde de Oliveira Bitencourt, Eustáquio Ovando Bitencourt, Estevão Luiz de Oliveira Neto, Paulinho Luiz de Oliveira e Nigelly Freitas Miranda de Oliveira também recorreram para pleitear a reforma do capítulo da sentença afeto ao levantamento do depósito efetuado à f. 41, uma vez que deveria permanecer na conta única a fim de garantir as custas processuais e os honorários advocatícios.

Também requerem a majoração da verba honorária para 20% do valor da causa.

Os réus apresentaram contrarrazões às fls. 252/258.

Sem contrarrazões do autor.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator).

Extrai-se dos autos que Davi Ribeiro Chaves ajuizou, em 10.12.2010, ação de preempção c/c consignação em pagamento em face de Matilde de Oliveira Bitencourt, Eustáquio Ovando Bitencourt, Estevão Luiz de Oliveira Neto, Paulinho Luiz de Oliveira E Nigelly Freitas Miranda de Oliveira, objetivando exercer seu suposto direito de preferência na aquisição do imóvel que locava, localizado no lote 20 (vinte) da quadra 38 (trinta e oito), Jardim Paulista, Campo Grande, MS, de matrícula n. 204.253, ficha 01, livro 02, do Cartório de registro de imóveis da 1ª Circunscrição.

Fundamenta o seu pedido na nulidade do compromisso de compra e venda em que Matilde, Eustáquio, Estevão e Paulinho, como legítimos proprietários e promitentes vendedores, alienaram o bem imóvel a Nagelly Freitas Miranda de Oliveira sem observar o seu direito de preferência previsto no contrato de locação juntado às fls. 09/14 dos autos. Consignou em juízo o valor correspondente a R$ 10.000,00 (f. 41).

Os réus sustentaram em contestação que o imóvel foi objeto de doação e não compra e venda, ressaltando que não foi transferido pelo valor depositado pelo autor (R$ 10.000,00).

Aduzem que o imóvel em questão "*tem grande função social, serve desde 1977, como condomínio residencial da família dos Requeridos, que residem em peças pequenas distribuídas no terreno*", sendo que foi doado à pessoa de Nagelly, esposa do proprietário Paulino Luiz de Oliveira, que apenas comprometeu-se a regularizar o imóvel junto à Prefeitura.

Em 22.02.2011, Estevão Luiz de Oliveira Neto, Matilde de Oliveira Bitencort e Paulino Luiz de Oliveira ajuizaram ação de imissão de posse, como legítimos proprietários, para reaver o imóvel em discussão.

Foi-lhes concedida liminar de imissão de posse às fls. 186/188 dos autos em apenso, a qual foi mantida por esta E. 4ª Câmara Cível, conforme acórdão de fls. 413/416.

Após, o nobre representante do Ministério Público requereu algumas providências afetas à incapacidade do Sr. Paulino, a fim de verificar a necessidade de intervenção do *parquet* (fls. 245/246).

Sobreveio então a sentença de fls. 201/208, dos autos da ação de preempção, que julgou antecipadamente a lide para:

a) julgar improcedente a ação de preempção cumulada com consignação em pagamento n. 0073052-70.2010.8.12.0001, que Davi Ribeiro Chaves moveu contra Matilde de Oliveira Bitencourt, Eustáquio Ovando Bitencourt, Estevão Luiz de Oliveira Neto, Paulinho Luiz de Oliveira e Nigelly Freitas Miranda de Oliveira, determinando o levantamento dos depósitos às fls. 63, 118, 125, 147 e 172;

b) julgar procedente a ação de imissão na posse n. 0010736-84.2011.8.12.0001, que Estevão Luiz de Oliveira Neto, Matilde de Oliveira Bitencourt e Paulino Luiz de Oliveira moveram contra Davi Ribeiro Chaves, para o fim de imitir os requerentes na posse do imóvel localizado no Lote 20, Quadra 38, da Vila Jardim Paulista, nesta Capital, objeto da matrícula n. 204.253 do CRI de Campo Grande/MS, confirmando a liminar às fls. 186/188.

Ambas as partes recorreram, de sorte que passo à análise de suas pretensões.

I. Do recurso de apelação de Davi Ribeiro Chaves.

Davi Ribeiro Chaves insurge-se contra o *decisum* para reafirmar o seu direito de preferência na aquisição do imóvel, tendo em vista a existência de cláusula neste sentido no contrato de locação e a alienação do bem a terceiro.

Tenho que a pretensão recursal não merece prosperar.

É de se ver que a demanda versa sobre o direito de preferência do autor na aquisição do lote de terreno n. 20 da quadra 38, localizado na Rua Raposo Tavares, n. 149, Jardim Paulista, Campo Grande, MS, de matrícula n. 204.253, ficha n. 01, Cartório do 1º Ofício.

O imóvel está registrado em nome de Matilde de Oliveira, Paulino Luiz de Oliveira e do menor, Estevão Luiz de Oliveira (f. 31).

Em 21.11.2006, o menor Estevão Luiz de Oliveira, representado por seu pai, Paulo Luiz de Oliveira, firmou com o apelante contrato particular de locação do referido imóvel, por prazo determinado, o qual findou em 05.12.2009 (fls. 18/23), de sorte que foi renovado, em 04.12.2010, constando como termo final do prazo a data de 05.07.2011 (fls. 09/12).

Em 15.07.2010, os legítimos proprietários do bem firmaram contrato particular de compromisso de compra e venda do imóvel em questão, alienando-o a Nagelly Freitas Miranda de Oliveira, conforme instrumento contratual de fls. 26/28.

Observa-se então que a adquirente, Nagelly, encaminhou ao apelante, em 08.09.2010, a notificação extrajudicial de f. 29, informando que adquiriu o bem locado e que necessitava dele para uso próprio, de sorte que pediu a desocupação do imóvel em 90 dias.

Não visualizo a falsidade dos referidos contratos de locação, em que pese terem sido firmados à revelia dos co-proprietários, pois as firmas foram devidamente reconhecidas, inexistindo indícios outros que indiquem a falsidade das assinaturas.

Há no referido contrato de locação a cláusula que concede ao locatário o direito de preferência ora vindicado, conforme se observa da transcrição da referida norma contratual:

> *"DA PREFERÊNCIA*
>
> *De acordo com o art. 27 da Lei 8245/91, "no caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca". (f. 11)*

Porém, observa-se que o apelante providenciou a averbação do contrato de locação no registro do imóvel apenas em 15.10.2010 (f. 31), ou seja, após a alienação e notificação para desocupação.

O registro do contrato de locação é imprescindível ao exercício do direito de preferência, conforme disposição expressa dos artigos 33, da Lei n. 8245/91 e 167, II, , item 16, da Lei de Registros Públicos, cujos termos transcrevo a seguir:

> *"Art. 33. O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.*
>
> *Parágrafo único. A averbação far - se - á à vista de qualquer das vias do contrato de locação desde que subscrito também por duas testemunhas.*

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

(...)

II - a averbação:

1) das convenções antenupciais e do regime de bens diversos do legal, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento;

2) por cancelamento, da extinção dos ônus e direitos reais;

3) dos contratos de promessa de compra e venda, das cessões e das promessas de cessão a que alude o Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, quando o loteamento se tiver formalizado anteriormente à vigência desta Lei;

4) da mudança de denominação e de numeração dos prédios, da edificação, da reconstrução, da demolição, do desmembramento e do loteamento de imóveis;

5) da alteração do nome por casamento ou por desquite, ou, ainda, de outras circunstâncias que, de qualquer modo, tenham influência no registro ou nas pessoas nele interessadas;

6) dos atos pertinentes a unidades autônomas condominiais a que alude a Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, quando a incorporação tiver sido formalizada anteriormente à vigência desta Lei;

7) das cédulas hipotecárias;

8) da caução e da cessão fiduciária de direitos relativos a imóveis;

9) das sentenças de separação de dote;

10) do restabelecimento da sociedade conjugal;

11) das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas a imóveis, bem como da constituição de fideicomisso;

12) das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados;

13) " ex offício ", dos nomes dos logradouros, decretados pelo poder público.

14) das sentenças de separação judicial, de divórcio e de nulidade ou anulação de casamento, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro.

15 - da re-ratificação do contrato de mútuo com pacto adjeto de hipoteca em favor de entidade integrante do Sistema Financeiro da Habitação, ainda que importando elevação da dívida, desde que mantidas as mesmas partes e que inexista outra hipoteca registrada em favor de terceiros.

16) do contrato de locação, para os fins de exercício de direito de preferência.

Desta forma, a ausência de registro, à época da suposta alienação do imóvel locado, elide o direito do apelante de anular a compra e venda e exercer o seu direito de preferência, persistindo apenas o direito a eventual indenização por perdas e danos.

No mesmo sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSO CIVIL E CIVIL. AGRAVO EM MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. PENDÊNCIA DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE POR TRIBUNAL ESTADUAL. INVIABILIDADE. SÚMULAS N.S 634 E 635/STF. LOCAÇÃO. DIREITO DE PREFERÊNCIA. ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL PELO LOCATÁRIO PRETERIDO EM SEU DIREITO. PRÉVIA AVERBAÇÃO DO CONTRATO. NECESSIDADE.*
>
> *1. A pendência do juízo de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal Estadual inviabiliza a análise da aparência do bom direito.*
>
> *2. Compete ao Tribunal local a apreciação de pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de admissibilidade.*
>
> *Incidência dos verbetes sumulares n.s 634 e 635/STF.*
>
> *3. A não-averbação do contrato de locação no competente cartório de registro de imóveis impede o exercício do direito de preferência pelo locatário, consistente na anulação da compra e venda do imóvel locado, bem como sua adjudicação, nos termos do art. 33 da Lei 8.245/91, restando a ele a indenização por perdas e danos.*
>
> *Precedentes.*
>
> *4. Agravo interno a que se nega provimento.*
>
> *(AgRg na MC 18.158/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011)*
>
> *RECURSO ESPECIAL (ART. 105, III, "A" E "C", DA CF) - AÇÃO INDENIZATÓRIA - CONTRATO DE LOCAÇÃO - BEM ALIENADO A TERCEIRO - DESRESPEITO AO DIREITO DE PREFERÊNCIA DO LOCATÁRIO - AVERBAÇÃO DO AJUSTE NO REGISTRO IMOBILIÁRIO - PRESCINDIBILIDADE - PERDAS E DANOS - QUANTUM A SER FIXADO EM LIQUIDAÇÃO - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *1. Não se conhece da alegação de afronta ao art. 128 do CPC, por suposto julgamento extra ou ultra petita, quando a matéria deixou de ser debatida nas instâncias ordinárias, padecendo, portanto, do devido prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282/STF e 211/STJ.*
>
> *2. A averbação do contrato de locação no registro imobiliário é medida necessária apenas para assegurar ao locatário o direito real de perseguir e haver o imóvel alienado a terceiro, dentro dos prazos e observados os pressupostos fixados na Lei n. 8.425/1991.*
>
> *A falta dessa providência não inibe, contudo, o locatário de demandar o locador alienante por violação a direito pessoal, reclamando deste as perdas e danos que porventura vier a sofrer pela respectiva preterição. Precedentes.*
>
> *3. Uma vez delineados os danos emergentes e lucros cessantes pretendidos pelo demandante na petição inicial da ação indenizatória, juridicamente viável se afigura o diferimento da apuração e efetiva comprovação das perdas e danos na fase subsequente de liquidação de sentença.*

> *4. Recurso especial parcialmente conhecido e, em tal extensão, provido."*
>
> *(REsp 912.223/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 17/09/2012).*

Como se não bastasse, o que se observa é que o imóvel foi alienado à Nagelly Freitas Miranda (fls. 26/29), esposa de um dos co-proprietários do imóvel, Paulino Luiz de Oliveira (f. 76), incidindo à espécie ainda a norma contida no art. 34 da Lei n. 8.245/91, segundo a qual "*havendo condomínio no imóvel, a preferência do condômino terá prioridade sobre a do locatário*".

Outrossim, conforme bem consignou o douto juízo a quo, a compra e venda ora questionada configura-se verdadeiro contrato de doação realizado entre familiares, sendo essa a conclusão advinda de seu conteúdo, especificamente da cláusula segunda do instrumento contratual:

> *CLÁUSULA SEGUNDA – O preço certo e ajustado para a presente transação é de R$ 41.310,61 (Quarenta e um mil, trezentos e dez reais e sessenta e um centavos), importância esta referente a débitos de IPTU, junto à Prefeitura Municipal de Campo Grande, que deverá ser quitada pela COMPRADORA, após a assinatura deste contrato, a vista ou a prazo, na melhor forma e livre escolha da COMPRADORA. (f. 27)*

Assim, em que pese o nome dado pela partes ao referido contrato, deve prevalecer o seu conteúdo jurídico para enquadrá-lo em uma das categorias previstas na Lei. E, considerando o seu objeto (imóvel de 480 m2, localizado no Jardim Paulista da comarca de Campo Grande), denota-se que preço estipulado é irrisório, transferindo-se para a adquirente apenas a obrigação de pagamento dos tributos em atraso.

A existência de encargo a ser cumprido pelo donatário não descaracteriza o contrato de doação, não perdendo a avença a sua característica de liberalidade, mormente se considerado o fim desejado pelos doadores, qual seja, que a donatária continue cuidando dos co-proprietários, Paulino Luiz de Oliveira, seu esposo, que encontra-se inválido, e Paulo Luiz de Oliveira, seu sogro.

Tal conclusão advém da interpretação dada aos seguintes artigos do Código Civil:

> *Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.*
>
> *Art. 540. A doação feita em contemplação do merecimento do donatário não perde o caráter de liberalidade, como não o perde a doação remuneratória, ou a gravada, no excedente ao valor dos serviços remunerados ou ao encargo imposto.*
>
> *Art. 553. O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral.*

Por tal razão, não tem o apelante o direito de preferência pleiteado, tendo em vista a norma contratual que exclui a hipótese de contrato de doação e o artigo 32 da Lei de Locação que dispõe: "o direito de preferência não alcança os casos de perda da propriedade ou venda por decisão judicial, permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação".

Diante de tais considerações deve permanecer intacta a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação de preempção.

II. Do recurso interposto por Matilde de Oliveira Bitencourt, Eustáquio Ovando Bitencourt, Estevão Luiz de Oliveira Neto, Paulinho Luiz de Oliveira e Nigelly Freitas Miranda de Oliveira.

Conforme relatado, os réus também recorreram para pleitear a reforma do capítulo da sentença afeto ao levantamento do depósito efetuado à f. 41, uma vez que deveria permanecer na conta única a fim de garantir as custas processuais e os honorários advocatícios.

Também requerem a majoração da verba honorária para 20% do valor da causa.

Em que pese não ter havido condenação, nada justifica que os honorários, muito embora fixados em conformidade com o § 4º do artigo 20 do CPC, deixem de ser fixados tomando-se por base as alíneas "a" a "c" do §3º do mesmo dispositivo e, com base na valoração do trabalho do advogado, sejam fixados em percentual que se aproxime – tanto quanto possível e consideradas as peculiaridades da espécie – entre 10% e 20% do valor da causa.

Em casos tais tenho reiteradamente proclamado que nada há no § 4º do art. 20 do CPC que impeça o magistrado de fixar o valor da verba honorária em valores que se situem entre o percentual mínimo e máximo, previsto no § 3º do mesmo dispositivo e este já é, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

No Superior Tribunal de Justiça também foi decidido que:

> *"(...) 7. Fixação do percentual de 10% (dez por cento) de verba honorária advocatícia, sobre o valor da causa (já que não houve condenação), devidamente atualizado quando do seu efetivo pagamento. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior.*
>
> *8. A questão não envolve apreciação de matéria de fato, a ensejar o emprego da Súmula n. 07/STJ. Trata-se de pura e simples aplicação da jurisprudência pacificada e da legislação federal aplicável à espécie (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC).*
>
> *9. Agravo regimental não-provido."*
>
> *(AgRg no Ag 954.995/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.03.2008, DJe 23.04.2008)*

No caso concreto, pelas peculiaridades da matéria, levando em consideração as diretrizes das alíneas "a" a "c" do § 3º do artigo 20 do CPC, aplicáveis em razão das disposições contidas no § 4º do mesmo dispositivo, penso que o valor fixado de 12% (doze por cento) sobre o valor de R$ 10.000,00 dado à causa é razoável pelo trabalho desenvolvido pelo advogado dos apelantes, perfazendo-se o total de R$ 2.400,00 fixados na sentença, considerando as duas ações conexas.

Não se pode olvidar da necessidade de remunerar condignamente a atividade dos profissionais da advocacia, seja por sua relevância social, seja por seu caráter de *múnus* público, inclusive porque o advogado, conforme a Constituição Federal (art. 133), é essencial à administração da Justiça.

A verba honorária fixada na decisão é adequada em vista do labor profissional do patrono dos apelantes.

No que tange à insurgência quanto à determinação de levantamento do valor depositado à f. 41, é de se ver que o autor fez o depósito destinando-o especificamente ao pagamento do preço para aquisição do imóvel objeto da presente demanda.

Assim, é defeso ao juiz dar destinação diversa ao dinheiro depositado, devendo os apelantes utilizarem a via adequada para o recebimento da verba honorária, qual seja, o cumprimento de sentença previsto no art. 475-J do CPC.

Por tal razão, tenho que a pretensão recursal não merece prosperar.

III. Dispositivo

Diante de tais considerações, conheço dos recursos e lhes nego provimento, mantendo inalterada a sentença objurgada.

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. Dorival Renato Pavan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Josué de Oliveira.

Campo Grande, 16 de julho de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0063208-33.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MENSAGENS OFENSIVAS POSTADAS EM PÁGINA VIRTUAL ADMINISTRADA PELA RECORRENTE – ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEIÇÃO – TEORIA DA ASSERÇÃO – EMPRESA QUE, EMBORA NOTIFICADA ACERCA DO CONTEÚDO OFENSIVO DAS RESPECTIVAS MENSAGENS, MANTÉM A PUBLICAÇÃO DE TEXTOS ABUSIVOS – RESPONSABILIDADE PELO DANO MORAL CONFIGURADA – QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL – VALOR ARBITRADO QUE SE COADUNA COM OS PARÂMETROS FIXADOS PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA – REDUÇÃO – DESCABIMENTO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA RATIFICADA.

1. Na condição de mantenedora de *site* em que houve a publicação das propaladas ofensas, é legítima a respectiva mantenedora para responder à ação indenizatória onde se busca, justamente, a reparação pelos danos morais decorrentes das veiculações com conteúdo ofensivo.

2. Não se pode obrigar os provedores a realizar prévia fiscalização do conteúdo das informações que circulam em seu *site*. Isso não significa, contudo, que os provedores estão indiscriminadamente liberados da responsabilidade pelo tráfego de informações em seus *site*s, cabendo aos mesmos o dever de, uma vez ciente da existência de mensagem de conteúdo ofensivo, retirá-la imediatamente do ar, sob pena, aí sim, de responsabilização. Por esse motivo, "*É o provedor de conteúdo obrigado a retirar imediatamente o conteúdo ofensivo, pena de responsabilidade"* (STJ – REsp 1306066/MT. Rel. Min. SIDNEI BENETI. Terceira Turma. Julg. 17.04.2012.)

3. Fixado o *"quantum*" indenizatório com base na proporcionalidade, razoabilidade, valorização das circunstâncias do evento danoso (elementos objetivos e subjetivos da concreção) e o interesse jurídico do lesado, não há que se falar em redução do respectivo valor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar. No mérito, por maioria, vencido em parte o Revisor, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de junho de 2013.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Widea Soluções Digitais Ltda. – ME contra sentença proferida pelo juízo da 14ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo

Grande que, nestes autos da ação de indenização por danos morais, julgou procedente o pedido inicial e, por consequência, lhe condenou ao pagamento da quantia de R$ 22.500,00 em favor de Fênix do Oriente Prestadora de Serviços de Cobrança Ltda.

Alega a recorrente, em síntese, que (f. 277/290): 1) é parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação, pois os comentários ofensivos à apelada foram feitos por usuários da sua página virtual, os quais, inclusive, foram devidamente identificados; 2) não desempenha atividade de imprensa, mas apenas constitui uma ferramenta colocada à disposição da população para externar sua insatisfação com os serviços e produtos colocados no mercado, bem como para noticiar a prática de crimes envolvendo as relações de consumo, não podendo, por isso, ser punida de qualquer maneira; 3) devem ser respeitados o direito de informação e a liberdade de expressão, sobretudo na hipótese dos autos, onde as assertivas lançadas na sua página virtual não se mostraram ofensivas; e 4) o valor fixado pelo magistrado singular a título de danos morais (R$ 22.500,00) se mostra deveras elevado, devendo, por isso, ser reduzido.

Com base em tais ponderações, pede a reforma da sentença profligada.

Em contrarrazões (f. 298/304), a recorrida protesta, basicamente, pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 11.6.2013)

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Widea Soluções Digitais Ltda. – ME contra sentença proferida pelo juízo da 14ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande que, nestes autos da ação de indenização por danos morais, julgou procedente o pedido inicial e, por consequência, lhe condenou ao pagamento da quantia de R$ 22.500,00 em favor de Fênix do Oriente Prestadora de Serviços de Cobrança Ltda.

Alega a recorrente, em síntese, que (f. 277/290): 1) é parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação, pois os comentários ofensivos à apelada foram feitos por usuários da sua página virtual, os quais, inclusive, foram devidamente identificados; 2) não desempenha atividade de imprensa, mas apenas constitui uma ferramenta colocada à disposição da população para externar sua insatisfação com os serviços e produtos colocados no mercado, bem como para noticiar a prática de crimes envolvendo as relações de consumo, não podendo, por isso, ser punida de qualquer maneira; 3) devem ser respeitados o direito de informação e a liberdade de expressão, sobretudo na hipótese dos autos, onde as assertivas lançadas na sua página virtual não se mostraram ofensivas; e 4) o valor fixado pelo magistrado singular a título de danos morais (R$ 22.500,00) se mostra deveras elevado, devendo, por isso, ser reduzido.

Com base em tais ponderações, pede a reforma da sentença profligada.

Para uma abordagem clara e sistemática das matérias devolvidas à apreciação desse Órgão Colegiado, as teses recursais desenvolvidas pela recorrente serão analisadas isoladamente, observando-se, para tanto, a ordem lógica de enfrentamento.

Da ilegitimidade passiva *"ad causam"*.

Argumenta a recorrente, como primeira tese recursal, ser ela parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação, pois os comentários ofensivos à apelada foram feitos por usuários da sua página virtual, os quais, inclusive, foram devidamente identificados.

Sem razão, contudo.

De acordo com a Teoria da Asserção, em voga no Direito Processual Brasileiro, a legitimidade passiva deve ser analisada de acordo com o que é asseverado pelo autor na sua petição inicial.

Significa dizer, em outras palavras, que a presença de tal condição da ação (legitimidade passiva) deve ser apurada em estado de asserção, levando-se em consideração apenas os fatos descritos na peça inicial, já que o aprofundamento em outras questões somente deve se dar quando da análise meritória.

Esse, a propósito, é o entendimento consagrado pelo C. STJ, conforme se observa do seguinte julgado:

> *"PROCESSUAL CIVIL (...) CONDIÇÕES DA AÇÃO – LIMITES RAZOÁVEIS E PROPORCIONAIS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM (...) 1. A teoria da asserção estabelece direito potestativo para o autor do recurso de que sejam consideradas as suas alegações em abstrato para a verificação das condições da ação, entretanto essa potestade deve ser limitada pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a fim de que seja evitado abuso do direito. 2. O momento de verificação das condições da ação, nos termos daquela teoria, dar-se-á no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. (...)"*(STJ – AgRg no REsp 1095276/MG. Rel. Min. HUMBERTO MARTINS. Segunda Turma. Julg. 25.05.2010.)*

A orientação também encontra amparo na doutrina, conforme Luiz Guilherme Marinoni:

> *"Não há lógica e utilidade em admitir uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ao final do processo, quando o juiz pode reconhecer que o autor não é o titular do direito material ou que o autor não pode exigir o pagamento de uma dívida por ela não estar vencida. Se a ação se desenvolve até a última fase do processo, chega-se a um momento em que o juiz está apto para reconhecer a existência ou inexistência do direito material ou para julgar o mérito ou o pedido, de modo que não há racionalidade em sustentar que a sentença, nessa ocasião, pode simplesmente extinguir o processo sem julgamento do mérito (...). É por isso que as condições da ação devem ser aferidas com base na afirmação do autor, ou seja, no início do desenrolar do procedimento. Não se trata de fazer um julgamento sumário (fundado em conhecimento sumário) das condições da ação, como se elas pudessem voltar a ser apreciadas mais tarde, com base em outras provas. O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já é problema de mérito. (MARINONI. Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 3. ed. p. 182-183).*

No caso vertente, observa-se dos autos que a recorrida ingressou com a presente ação reparatória buscando, basicamente, a condenação da recorrente a lhe reparar moralmente pelas mensagens ofensivas redigidas contra si na página virtual por ela administrada.

Evidente, dessa forma, a legitimidade passiva da apelante, pois, na condição de mantenedora de "site" em que houve a publicação das propaladas ofensas, é ela parte legítima para responder à ação indenizatória onde se busca, justamente, a reparação de danos decorrente das veiculações com conteúdo ofensivo.

Dessa forma, sem maiores delongas, deve ser rejeitada a prefacial de ilegitimidade passiva *"ad causam"*.

Da responsabilidade pelos danos decorrentes das mensagens ofensivas postadas na página virtual da recorrente.

Como segunda tese recursal, sustenta a apelante que não pode ser responsabilizada pelas mensagens postadas por terceiros em seu "*site*".

Novamente sem razão.

Em relação à fiscalização do conteúdo das informações postadas por cada usuário, é preciso ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que tal função não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso o "*site"* que não examina e filtra o material nele inserido.

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. REGISTRO DE NÚMERO DO IP. DANO MORAL. NÃO RETIRADA EM TEMPO RAZOÁVEL.*
>
> *1.- Na linha dos precedentes desta Corte, o provedor de conteúdo de internet não responde objetivamente pelo conteúdo inserido pelo usuário em sítio eletrônico, por não se tratar de risco inerente à sua atividade. Está obrigado, no entanto, a retirar imediatamente o conteúdo moralmente ofensivo, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano. Precedentes. (...)" (STJ – AgRg no REsp 1309891/MG. Rel. Min. SIDNEI BENETI. Terceira Turma. Julg. 26.06.2012.)*

Nesse mesmo sentido tem se posicionado a doutrina, conforme Rui Stocco:

> *"(...) quando o provedor de internet age como mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem sobre elas exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros".*
>
> (STOCCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed. SP: RT, 2004, p. 901).

Com efeito, no julgamento do REsp 1.067.738/GO, o STJ sedimentou que *"a natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo".*

Com base nesse entendimento, a I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do CJF, aprovou o Enunciado 38, que aponta interessante critério para definição dos riscos que dariam margem à responsabilidade objetiva, afirmando que esta fica configurada: *"quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade".*

Transpondo a regra para o universo virtual, não se pode considerar o dano moral um risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo.

A esse respeito, Erica Brandini Barbagalo anota que as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na internet não são *"de risco por sua própria natureza, não implicam riscos para direitos de terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial"* (BARBAGALO, Erica Brandini. Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços da internet. *In* Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg. Conflitos sobre nomes de domínio. SP: RT, 2003, p. 361).

Como logo se percebe, não se pode obrigar os provedores a realizar prévia fiscalização do conteúdo das informações que circulam em seu *"site"*.

Entretanto, também não é razoável deixar a sociedade desamparada frente à prática, cada vez mais corriqueira, de se utilizar páginas virtuais como artifício para a consecução de atividades abusivas/irregulares.

Antonio Lindberg Montenegro bem observa que: *"a liberdade de comunicação que se defende em favor da internet não deve servir de passaporte para excluir a ilicitude penal ou civil que se pratique nas mensagens por ela transmitidas"*. (MONTENEGRO, Antonio Lindberg. A internet em suas relações contratuais e extracontratuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 174).

Dessa forma, não podem os provedores ser indiscriminadamente liberados da responsabilidade pelo tráfego de informações em seus "*sites*", cabendo aos mesmos o dever de, uma vez ciente da existência de mensagem de conteúdo ofensivo, retirá-la imediatamente do ar, sob pena, aí sim, de responsabilização.

Assim, como visto, pode-se exigir dos provedores um controle posterior, vinculado à sua efetiva ciência quanto à existência de mensagens de conteúdo ilícito.

Portanto, sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a retirada de sua página virtual conteúdos ofensivos, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa "*in omittendo*".

Ora, o provedor que, movido pela ânsia de facilitar o cadastro e aumentar exponencialmente o número de usuários, ou por qualquer outro motivo, opta por não exercer um mínimo de controle, assume o risco dessa desídia, respondendo pelos danos causados a terceiros.

A propósito, como bem ponderou a ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp. 1.186.616/MG:

> *"por mais que se queira garantir a liberdade daqueles que navegam na "internet", reconhecendo-se essa condição como indispensável à própria existência e desenvolvimento da rede, não podemos transformá-la numa "terra de ninguém", onde, sob o pretexto de não aniquilar as suas virtudes, se acabe por tolerar sua utilização para a prática dos mais variados abusos".*

Na hipótese dos autos, e aqui se passa ao exame do mérito recursal, verifica-se dos documentos juntados no presente feito, bem como nos autos da ação cautelar inominada em apenso (0034918-08.2009.8.12.0001), que os usuários da página virtual disponibilizada pela recorrente postaram inúmeras mensagens desfavoráveis à apelada.

Analisando os conteúdos das mensagens, observa-se que algumas delas noticiam suposta investigação criminal em desfavor da recorrida, atribuindo-lhe a prática de crimes eletrônicos, sem declinar, contudo, a origem da fonte ou mesmo a identificação do procedimento investigatório supostamente existente (f. 28/29).

Aliás, em relação à referida mensagem, bem apontou o magistrado singular que o CPF indicado pelo suposto usuário da página não corresponde ao nome indicado como sendo do titular.

Demais disso, verifica-se do teor do documento de (f. 1097) dos autos em apenso, que outras mensagens atribuem a recorrida os atos de enganar os consumidores, inclusive insultando seus representantes com palavras de baixo calão.

Nesse mesmo contexto são as demais mensagens postadas no propalado "*site*" que, em sua grande maioria, imputam práticas irregulares supostamente perpetradas pela recorrida, sem que, entretanto, tenham sido acompanhadas de qualquer lastro probatório.

Tal situação fática, saliente-se, fora devidamente comunicada à recorrente pela recorrida, conforme se denota da notificação extrajudicial juntada aos autos (f. 21/26).

Contudo, mesmo alertada sobre os mencionados abusos, a apelada nada fez, permitindo que as ofensas e ataques continuassem sendo realizados.

Evidente, dessa forma, a responsabilidade da apelante pela ocorrência dos danos morais suportados pela recorrida, pois, como visto, embora instada a proceder a exclusão das mensagens abusivas direcionadas à recorrida, quedou-se inerte.

Nesse sentido:

> *"RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. RETIRADA. (...) 2.- É o provedor de conteúdo obrigado a retirar imediatamente o conteúdo ofensivo, pena de responsabilidade solidária com o autor direto do dano (...)." (STJ – REsp 1306066/MT. Rel. Min. SIDNEI BENETI. Terceira Turma. Julg. 17.04.2012.)*

> *"CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET (...) PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER (...) 5.* ***Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada*** *(...)." (STJ – REsp. 1186616/MG. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. Terceira Turma. Julg. 23.08.2011).*

Portanto, sem maiores delongas, deve ser ratificado o capítulo da sentença que abordou o tema, pois bem aplicou o direito ao caso concreto.

Do *"quantum"* indenizatório.

Como última tese recursal, questiona a recorrente o valor arbitrado pelo juiz singular a título de danos morais, alegando ser o respectivo valor (R$ 22.500,00) abusivo.

Sem razão, também, sob esse enfoque.

Em relação à quantificação do dano extrapatrimonial (fixação da indenização) embora não exista um critério objetivo para se estabelecer um valor para a respectiva indenização, doutrina e jurisprudência fixam alguns parâmetros importantes.

Com efeito, para a justa quantificação do dano extrapatrimonial, o magistrado deve avaliar o grau de sequela produzido, que diverge de indivíduo a indivíduo; a humilhação; a vergonha; as situações vexatórias; a posição social do ofendido; o cargo por ele exercido e a repercussão negativa em suas atividades; a duração da ilicitude; a situação econômico/financeira das partes; a ocorrência de ofensa coletiva e repetitiva; a existência de tentativa de solução extrajudicial; a existência ou não de outras circunstâncias em favor ou em desfavor do ofendido; enfim, deve o magistrado avaliar concretamente todas as circunstâncias para fixar de forma justa e equilibrada o valor do dano moral.

Deve-se ter em mente, ademais, a minimização da dor da vítima e a punição do ofensor para que este não reincida, visando a elisão do comportamento lesivo à sociedade como um todo, e ao cidadão em particular.

O arbitramento judicial do dano moral deve, ainda, respeitar critérios de prudência e equidade, não se podendo esperar que um valor irrisório ou exacerbado possa atender aos requisitos acima declinados.

Nessa linha de pensamento, Oliveira Deda ensina que:

> *"Ao fixar o valor da indenização, não procederá o juiz como um fantasiador, mas como um homem de responsabilidade e experiência, examinando as circunstâncias particulares do caso e decidindo com fundamento e moderação".***(***DEDA, Artur Oscar Oliveira. Dano Moral - Reparação, 2005, in Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 22 p. 290).*

Nesse contexto, vale trazer à baila a decisão do Ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino que considerou para o razoável arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais a reunião dos seguintes critérios: valorização das circunstâncias do evento danoso (elementos objetivos e subjetivos da concreção) e o interesse jurídico do lesado.

No voto proferido no Recurso Especial n. 959.780/ES, julgado em 26.04.2011, o Ministro explica com percuciência alguns parâmetros para a fixação do valor da indenização:

> *"Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.*
>
> *Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso".*

Com base nas premissas acima delineadas, e considerando as peculiaridades que envolvem o caso, conclui-se que o valor fixado pelo magistrado sentenciante, R$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais), se mostra adequado a satisfazer a justa proporcionalidade entre o ato ilícito praticado pela apelante e o dano moral sofrido pela apelada, bem como se presta a evitar o seu enriquecimento sem causa, não merecendo qualquer modificação.

Incabível, dessa feita, a reforma da sentença também nesse aspecto.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Widea Soluções Digitais Ltda. – ME, entretanto, nego-lhe provimento.

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR. NO MÉRITO, A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO FOI ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. MARCO ANDRÉ), APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 18.6.2013)

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

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria devolvida.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Widea Soluções Digitais Ltda. – ME contra sentença proferida pelo Juízo da 14ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande que julgou procedente o pedido inicial e lhe condenou ao pagamento da quantia de R$ 22.500,00 em favor de Fênix do Oriente Prestadora de Serviços de Cobrança Ltda.

O eminente relator rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva *"ad causam"* e, no mérito, conheceu do recurso de apelação, negando-lhe provimento.

Quanto à preliminar, conforme já havia manifestado, acompanhei o eminente relator.

No mérito, também acompanho o eminente relator, e pedindo vênia, divirjo no tocante ao valor indenizatório, pelos fundamentos que passo a expor.

Na linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, assentou-se o entendimento de que os dados inseridos em servidores hospedeiros, os quais armazenam informações dispostas pelos usuários para visualização, são de responsabilidade destes (usuários), tendo em vista a inviabilidade de a apelante proceder à análise de todas as milhares de informações que minuto a minuto são enviadas aos seus servidores.

Note-se que o próprio sigilo das comunicações e a impossibilidade de censura sobre a livre manifestação do pensamento, garantidos constitucionalmente, são fatores que determinam a impossibilidade de gerência sobre os dados carregados pelos usuários da *internet.*

Contudo, também se assentou o entendimento de que o servidor hospedeiro, que apenas armazena para visualização as informações inseridas pelos usuários do serviço, uma vez formalmente notificado da ocorrência (existência de perfil falso e de inserções ofensivas) e não as retira em tempo razoável, reponde civilmente pelos danos.

Veja-se:

> *"DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. BLOGS. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO.* ***FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER****. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/90. 2. O fato do serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.* ***3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da***

omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo. *7. O montante arbitrado a título de danos morais somente comporta revisão pelo STJ nas hipóteses em que for claramente irrisório ou exorbitante. Precedentes. 8. Recurso especial a que se nega provimento." (STJ - REsp 1192208/MG - 3ª Turma – Relatora: Ministra Nancy Andrigui – Julgado em 02/08/2012) (grifei).*

"RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. REDES SOCIAIS. ***MENSAGEM OFENSIVA. CIÊNCIA PELO PROVEDOR. REMOÇÃO. PRAZO****. 1. A velocidade com que as informações circulam no meio virtual torna indispensável que medidas tendentes a coibir a divulgação de conteúdos depreciativos e aviltantes sejam adotadas célere e enfaticamente, de sorte a potencialmente reduzir a disseminação do insulto, minimizando os nefastos efeitos inerentes a dados dessa natureza.* ***2. Uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.*** *3.* ***Nesse prazo de 24 horas, não está o provedor obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso****. 4. O diferimento da análise do teor das denúncias não significa que o provedor poderá postergá-la por tempo indeterminado, deixando sem satisfação o usuário cujo perfil venha a ser provisoriamente suspenso. Cabe ao provedor, o mais breve possível, dar uma solução final para o conflito, confirmando a remoção definitiva da página de conteúdo ofensivo ou, ausente indício de ilegalidade, recolocando-a no ar, adotando, nessa última hipótese, as providências legais cabíveis contra os que abusarem da prerrogativa de denunciar. 5. Recurso especial a que se nega provimento." (STJ – REsp 1323754/RJ – 3ª Turma – Relatora: Ministra Nacy Andrigui – Julgado em 19/06/2012). (grifei).*

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. RETIRADA. REGISTRO DE NÚMERO DO IP. DANO MORAL. AUSÊNCIA. PROVIMENTO. 1.- No caso de mensagens moralmente ofensivas, inseridas no site de provedor de conteúdo por usuário, não incide a regra de responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Cód. Civil/2002, pois não se configura risco inerente à atividade do provedor. Precedentes. 2.- ***É o provedor de conteúdo obrigado a retirar imediatamente o conteúdo ofensivo, pena de responsabilidade solidária com o autor direto do dano. 3.- O provedor de conteúdo é obrigado a viabilizar a identificação de usuários, coibindo o anonimato; o registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio de rastreamento de usuários, que ao provedor compete, necessariamente, providenciar****. 4.- Recurso Especial provido. Ação de indenização por danos morais julgada improcedente." (STJ - REsp 1306066/MT – 3ª Turma – Relator: Ministro Sidnei Beneti – julgado em 17/04/2012) (grifei).*

Na espécie, houve a omissão da apelante em proceder à exclusão das inserções ofensivas à honra da apelada após solicitação desta - notificação extrajudicial (f. 21-26)- e, ainda, não se desincumbiu de demonstrar que a apelada estaria sendo investigada pela "Delegacia de Crimes Organizados, 4ª Dig – Crimes Eletrônicos", do Estado de São Paulo, conforme veiculado por usuário em sua página.

Além disso, conforme bem apontado pelo magistrado singular, o CPF indicado pelo suposto usuário da página que postou a mensagem supra mencionada, não corresponde ao nome indicado como sendo do titular, o que denota a falta de segurança do sistema de identificação solicitado por si, recaindo, assim a responsabilização subjetiva por *"culpa in omittendo*."

Do "*quantum* indenizatório.

Não obstante a dificuldade no que concerne à quantificação do dano moral, ante a ausência de critério legal, mister fixar alguns pontos.

A prestação pecuniária se presta a amenizar a dor experimentada em decorrência do ato praticado e reprovável. Embora a vantagem pecuniária a ser aferida não fará com que se retome ao *status quo ante* – situação essa ideal, porém impossível – proporcionará uma compensação, parcial e indireta, pelos males sofridos.

Por esse enfoque, deve-se ter em mente que a indenização deve ser em valor tal que garanta à parte credora uma reparação (se possível) pela lesão experimentada, bem como implique, àquele que efetuou a conduta reprovável, impacto suficiente para dissuadi-lo na repetição de procedimento símile.

Nesta linha, entendo que a condição econômica das partes, a repercussão do fato, assim como a conduta do agente devem ser perquiridos para a justa dosimetria do valor indenizatório, no intuito de evitar o enriquecimento injustificado da autora e aplicação de pena exarcebada à demandada. Salutar as ponderações exaradas por Sergio Cavalieri Filho (**Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª ed. 4ª Tiragem. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001), ao tratar do arbitramento do dano moral:

> *"Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.*
>
> *Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes." (Págs. 81-82).*

Tecidas essas ponderações, considerando-se, ainda, o disposto no art. 944 do CC - ***"extensão do dano"***, vez que a autora/apelada possuía à época dos fatos aqui versados, ***"pendências de reclamações de clientes"*** junto ao **Procon/SP (f. 241-249)**, entendo que se mostra elevado o valor fixado pelo juiz singular, consistente na importância de R$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais).

Ante o exposto, conheço do recurso, dando-lhe parcial provimento para reduzir a indenização por danos morais para R$ 12.000,00 (doze mil reais), corrigido pelo IGPM à partir da publicação do acórdão, com juros de mora de um por cento ao mês, a contar da data do evento danoso, nos termos das súmulas n. 362 e 54 do Superior Tribunal de Justiça, mantendo a sentença intacta em seus demais termos.

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

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR. NO MÉRITO, POR MAIORIA, VENCIDO EM PARTE O REVISOR, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

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

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

Campo Grande, 18 de junho de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0100940-53.2006.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA DE IMÓVEL DO CASAL – OPOSIÇÃO PELA CÔNJUGE – DEMONSTRAÇÃO DE QUE A DÍVIDA CONTRAIDA PELO MARIDO NÃO BENEFICIOU A ENTIDADE FAMILIAR – EXCLUSÃO DA MEAÇÃO – IMPERATIVIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A meação do cônjuge responde pelas obrigações do outro quando contraídas em benefício da família, já que, nessas circunstâncias, fica configurada a solidariedade passiva entre os consortes.

2. Nos embargos de terceiro opostos pela mulher do executado, em defesa de sua meação, cabe a ela comprovar, de modo inequívoco, que a dívida contraída por seu marido não reverteu em benefício da entidade familiar.

3. Restando demonstrado que a dívida contraída pelo cônjuge da recorrida não beneficiou a entidade familiar, deve ser excluída a constrição realizada sobre a respectiva meação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o Revisor, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 28 de maio de 2013.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Banco Bamerindus do Brasil S/A contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande que, nestes autos da ação de embargos de terceiro, julgou procedente o pedido inicial formulado por Ana Virginia da Motta Rottili e, por consequência, determinou a liberação da constrição realizada sobre sua meação nos autos da ação de execução n. 001.95.002167-6.

Alega o recorrente, em síntese, que (fls. 294/305):

> *1) "o fato de o título de crédito ser emitido em 04/07/1994 e o imóvel penhorado ser adquirido pela embargante e seu marido em "agosto de 1988", não prova que a embargante não se beneficiou do empréstimo concedido pelo apelante"; 2) "o fato atestado pela testemunha Alcione Dornelles Silveira também não prova que a embargante não se beneficiou do empréstimo"; e 3) "sem prova cabal de que o empréstimo não beneficiou a*

> *apelada, a pretensão inicial deve ser afastada, para reformar a r. sentença objurgada, pois, não há como não entender que o financiamento tomado pelo marido da apelada não tenha lhe beneficiado, se eles casados e vivem juntos".*

Por esses motivos, pede a reforma da sentença profligada.

Em contrarrazões (fls. 311/316), a recorrida protesta, basicamente, pela manutenção do provimento jurisdicional recorrido.

VOTO (EM 14.5.2013)

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Banco Bamerindus do Brasil S/A contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande que, nestes autos da ação de embargos de terceiro, julgou procedente o pedido inicial formulado por Ana Virginia da Motta Rottili e, por consequência, determinou a liberação da constrição realizada sobre sua meação nos autos da ação de execução n. 001.95.002167-6.

Alega o recorrente, em síntese, que (fls. 294/305):

> *1) "o fato de o título de crédito ser emitido em 04/07/1994 e o imóvel penhorado ser adquirido pela embargante e seu marido em "agosto de 1988", não prova que a embargante não se beneficiou do empréstimo concedido pelo apelante";*
>
> *2) "o fato atestado pela testemunha Alcione Dornelles Silveira também não prova que a embargante não se beneficiou do empréstimo"; e*
>
> *3) "sem prova cabal de que o empréstimo não beneficiou a apelada, a pretensão inicial deve ser afastada, para reformar a r. sentença objurgada, pois, não há como não entender que o financiamento tomado pelo marido da apelada não tenha lhe beneficiado, se eles casados e vivem juntos".*

Por esses motivos, pede a reforma da sentença profligada.

Como se sabe, a meação do cônjuge responde pelas obrigações do outro quando contraídas em benefício da família, conforme disposto no art. 592, IV, do CPC, em interpretação conjugada com os arts. 1.643 e 1.644 do CC/02, já que, nessas circunstâncias, fica configurada a solidariedade passiva entre os consortes.

Em hipóteses tais, há presunção de comunicabilidade das dívidas assumidas por apenas um dos cônjuges, que deve ser elidida por aquele que pretende ver resguardada sua meação.

Por esse motivo, nos embargos de terceiro opostos pela mulher do executado em defesa de sua meação, cabe a ela comprovar, de modo inequívoco, que a dívida contraída por seu marido não reverteu em benefício da entidade familiar.

Nesse sentido, contemple-se o seguinte aresto oriundo desta E. Terceira Câmara:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – AVAL PRESTADO PELO MARIDO – MEAÇÃO DA ESPOSA – ÔNUS DA PROVA DA EMBARGANTE – RECURSO NÃO PROVIDO.*

> *Nos embargos de terceiro opostos pela mulher do executado, em defesa de sua meação, cabe a ela comprovar, de modo inequívoco, que a dívida contraída por seu marido não reverteu em benefício da entidade familiar." (TJMS – Apelação Cível n. 2011.016969-0. Rel. Fernando Mauro Moreira Marinho. Terceira Turma Cível. Julg. 30.08.2011.)*

Na hipótese dos autos, e aqui se passa ao exame do mérito recursal, verifica-se que a apelada ingressou com os presentes embargos de terceiro buscando, em suma, a liberação da sua meação sobre o imóvel constrito nos autos do feito executivo em apenso (Autos n. 001.95.002167-6).

Nesse panorama, observando as provas produzidas nos autos, conclui-se que a recorrida/embargante desincumbiu-se do ônus que lhe recaía, já que logrou demonstrar que o débito assumido pelo seu cônjuge não se reverteu em benefício da entidade familiar.

Ora, a testemunha Alcione Dornelles Silveira, que trabalhou como contador na empresa administrada pelo cônjuge da recorrida, assim esclareceu em seu depoimento (fls. 248/249):

> *"(...) pelo que tem conhecimento foi uma operação de empréstimo junto ao Governo Federal e na época os bancos efetivavam uma operação proibida pelo Banco Central, conhecida como operação "mata mata", referente à EGF, quando o banco oferecia um empréstimo e debitava a dívida de custeio que existia (...) geralmente esse tipo de empréstimo era realizado em favor da sociedade, pois o grupo tinha propriedades em Chapadão do Céu, Chapadão do Sul e Campo Grande; que o EGF era feito para dívidas agrícolas, não existindo esse tipo de empréstimo para a pecuária (...)* ***a embargante não participava das atividades de administração e gerência do grupo*** *(...)."*

Por sua vez, a testemunha Milton Lauro Schimidt, que também figurou como avalista do título que motivou o ajuizamento do feito executivo onde fora constrito o bem, cuja liberação da respectiva meação se postula nesta demanda, assim esclareceu (fl. 169):

> *"(...) A embargante não fazia parte da parceria e não foi até o banco para celebrar o contrato executado, assim como a testemunha acredita que ela não tinha conhecimento acerca das transações da parceria. Com relação ao financiamento em debate, a testemunha acredita que* ***a embargante não teve nenhum benefício, porque ele foi todo destinado para a parceria*** *(...)".*

Não se pode olvidar, ademais, que a embargada se qualifica como farmacêutica bioquímica (fato não contestado pelo recorrente), atividade profissional que não guarda qualquer correlação com a origem do débito assumido pelo seu cônjuge.

Logo, como se vê, ao contrário do que sustenta a instituição financeira apelante, os autos revelam que a dívida contraída pelo cônjuge da recorrida não fora em prol do casal.

Dessa forma, sendo o débito executado proveniente da atividade privativa do marido da embargada/recorrida, não há que se falar em benefício capaz de autorizar a penhora da sua meação.

A propósito:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA – OPOSIÇÃO PELO CÔNJUGE – AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE A DÍVIDA TENHA SIDO CONTRAÍDA EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA - EXCLUSÃO DA MEAÇÃO – RECURSO PROVIDO.*
>
> *A meação do cônjuge só responde pelas obrigações do outro quando comprovado que a dívida foi contraída em benefício da família."*

(**TJMS** – Apelação Cível n. 2012.000103-0. Rel. Julizar Barbosa Trindade. Segunda Câmara Cível. Julg. 07.02.2012).

Nesses termos, sem maiores delongas, deve ser ratificada a conclusão apontada na sentença de primeiro grau, pois bem aplicado o direito ao caso concreto.

Conclusão.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Banco Bamerindus do Brasil S/A, entretanto, nego-lhe provimento.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. MARCO ANDRÉ), APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 21.05.2013)

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

Da sentença de procedência dos embargos de terceiro ajuizados por Ana Virginia da Motta Rottili em face do Banco Bamerindus do Brasil S/A, apela o embargado.

Pretende o banco apelante a reforma da decisão de primeiro grau, ao argumento de que não há provas nos autos, de que a dívida contraída por seu marido não reverteu em proveito da apelada e sua família.

O fundamento nuclear da sentença é que restou comprovado que a dívida exeqüenda não foi contraída em proveito da embargante, ora apelada e de sua família, devendo, dessa forma, ser excluída a constrição sobre o imóvel descrito na inicial, levada a efeito nos autos da execução promovida pelo banco contra o marido da embargante-apelada, fundada em cédula rural pignoratícia.

O Ilustre Desembargador Relator, em seu voto, concordou com o entendimento apresentado pelo juízo 'a quo', opinando pelo conhecimento e improvimento do apelo.

Peço vênia para discordar do entendimento esposado pelo I. desembargador Relator.

Não há dúvidas de que o ônus da prova no caso em tela, cabe à embargante, ora apelada, tendo em vista sendo o seu marido o devedor principal do banco, presume-se que o benefício obtido com o empréstimo concedido pela instituição financeira tenha revertido em prol da família.

Neste sentido, colhe-se da Jurisprudência:

> ***"APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MEAÇÃO. BENEFÍCIO. PROVA.*** *É cediço na jurisprudência que o ônus da prova de que as dívidas contraídas não reverteram em benefício do casal é de quem defende a meação. Ausente prova neste sentido, responde a universalidade dos bens do casal. Preliminar rejeitada, apelação improvida." (APELAÇÃO CÍVEL N. 70004577300, SEGUNDA CÂMARA ESPECIAL CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: GUINTHER SPODE, JULGADO EM 23/12/2002).*

Com o intuito de demonstrar que o benefício obtido com o empréstimo concedido pela instituição financeira não tenha sido revertido em prol da embargante-apelada e sua família, foi produzida apenas prova testemunhal.

Foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela embargante-apelada.

A primeira – Sr. Milton Lauro Schimit (f. 169) - cunhado da embargante e avalista da cédula pignoratícia objeto de execução - disse que: *"A testemunha não sabe informar se a embargante teve algum ganho com os financiamentos, ou se eles foram revertidos em favor do casal. A testemunha acredita que a embargante não teve nenhum benefício, porque ele foi todo destinado para a parceria."*

A segunda, testemunha Sr. Alcione Dornelles Silveira, (f. 282/283) ex-funcionário do marido da embargante-apelada, ateve-se a afirmar que:

> *"Pelo que tem conhecimento foi uma operação de empréstimo junto ao governo Federal e na época os bancos efetivavam uma operação proibida pelo Banco Central, conhecida como operação 'mata-mata', referente à EGF, quando o banco oferecia um empréstimo e debitava a dívida de custeio que existia; que não sabe com certeza se tais recursos foram destinados à aquisição de imóvel; também não sabe dizer se a embargante recebeu algum valor relativo a esse empréstimo."*

Portanto, em nenhum dos depoimentos colhidos é possível obter esclarecimento acerca do ponto nodal da discussão entabulada entre as partes, qual seja, a prova de que o empréstimo obtido pelo marido da embargante-apelada não lhe gerou benefícios.

Ambas as testemunhas afirmaram não ter certeza se os recursos provenientes da cédula rural pignoratícia firmada pelo esposo da apelada foram revertidos em seu favor e de sua família.

Cumpre registrar, ainda, que no caso em tela o depoimento do Sr. Milton Lauro Schimit (f. 169) deve ser visto com cautela, já que se tratando de parente de uma das partes envolvidas no litígio, tem a tendência de beneficiá-la, o que prejudicaria sua parcialidade. Ademais, ele apenas afirmou que ***"acredita que a embargante não teve nenhum benefício, porque ele foi todo destinado para a parceria",*** ou seja, não tem, certeza alguma, quanto ao referido fato.

De outro lado, inexiste nos autos, prova de que a cédula rural 01178003/94 (fls. 15/18), objeto da execução na qual incidentes estes embargos de terceiro, firmada com a finalidade de comercialização agroindustrial (estocagem) pelo marido da embargante junto ao banco apelante, como se vê da cláusula 'finalidade do crédito' e na qual foi entregue, em penhor cedular, 88 mil sacas de milho - tenha origem em renegociação de débitos anteriores, muito menos, que tenha o caráter de "operação mata-mata – como afirmou a testemunha de f. 282/283.

Ao postular a salvaguarda de sua meação, cabia à apelada fazer prova cabal de que a obrigação contraída por seu marido não beneficiou a entidade familiar, *ex vi* do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Esse é o entendimento do STJ:

EXECUÇÃO. PENHORA. MEAÇÃO DA MULHER. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA.

- A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família.

- Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família. (AgRg no AgRg no Ag 594642/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2006, DJ 08/05/2006, p. 197)

Não se desincumbindo deste ônus, impositiva a improcedência dos embargos de terceiro.

Com esses fundamentos, divergindo do I. Desembargador Relator, voto pelo conhecimento e provimento do apelo interposto pelo Banco Bamerindus do Brasil S/A, para o fim de julgar improcedente o pedido nos autos de embargos de terceiros que lhe move Ana Virgínia da Motta Rottili. Consequentemente, inverte-se o ônus da sucumbência.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. RUBENS), APÓS O RELATOR NEGAR E, O REVISOR, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 28.05.2013)

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

Trata-se de apelação cível interposta por Banco Bamerindus do Brasil S/A em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da Ação de Embargos de Terceiro, julgou procedente o pedido inicial.

O e. Relator negou provimento ao recurso, sob o fundamento de que a apelada/embargante comprovou que a dívida contraída pelo seu esposo não reverteu em benefício do casal.

Já o e. Revisor, Des. Marco André Nogueira Hanson, discordando do relator, votou pelo provimento do recurso interposto pelo banco.

A questão posta no presente arrazoado cinge-se em saber se a dívida contraída pelo marido da apelada foi revertida em proveito do casal.

Tenho que não.

Compulsando os autos, denota-se que a dívida objeto da execução é derivada do saldo devedor representada pela cédula rural pignoratícia, onde o esposo da embargada figura como devedor principal (f. 288).

Os elementos probatórios são basicamente os depoimentos das testemunhas arroladas.

A testemunha Alcionae Dornelles Silveira (f. 248), relata que prestou serviço de contabilidade para o devedor e seus sócios, e que geralmente o financiamento pactuado era realizado em favor da sociedade, da qual a embargante não fazia parte, *verbis*:

> *"Que trabalhou muitos anos como contados do grupo que o esposo da embargante integrava; realizava o relacionamento bancário e a burocracia referente aos bancos; pelo que tem conhecimento foi uma operação de empréstimo junto ao Governo Federal e na época os bancos efetivavam um operação proibida pelo Banco Central..., que não sabe com certeza se tais recursos foram destinados à aquisição de um imóvel; que acha muito difícil ter a parte adquirido um imóvel com os recursos advindos desse empréstimo... O grupo era formado por três sócios, o esposo da embargante e mais o Sr. Milton e Sr. Irineu.... Geralmente esse tipo de empréstimo era realizado em favor da sociedade, pois o grupo tinha propriedades em Chapadão do Céu, Chapadão do Sul e Campo Grande... A embargante não participava das atividades de administração e gerência do grupo..."* (f. 248/249).

E ainda, a apelada/embargante não integrava os quadros societários da empresa, isto é, não fazia parte da parceria agrícola. Tanto é verdade, que um dos sócios, afirma em seu depoimento, que à época dos fatos a embargante exercia a profissão de bioquímica, não sendo dona de nenhum empreendimento, *verbis*:

> *"À época da elaboração da estocagem objeto da execução, Caetano era casado com a embargante Ana Vergínia. À época a embargante já exercia a profissão de farmacêutica/ Bioquímica, não sendo dona de nenhum empreendimento (...)*
>
> *A embargante não fazia parte da parceria e não foi até o banco para celebrar o contrato executado... Com relação ao financiamento em debate, a testemunha acredita que a embargante não teve nenhum benefício, porque ele foi todo destinado para a parceria." (f. 169).*

No mesmo sentido são os fundamentos do Relator:

> *"Nesse panorama, observando as provas produzidas nos autos, conclui-se que a recorrida/embargante desincumbiu-se do ônus que lhe recaía, já que logrou demonstrar que o débito assumido pelo seu cônjuge não se reverteu em benefício da entidade familiar.*
>
> *(...)*
>
> *Não se pode olvidar, ademais, que a embargada se qualifica como farmacêutica bioquímica (fato não contestado pelo recorrente), atividade profissional que não guarda qualquer correlação com a origem do débito assumido pelo seu cônjuge.*
>
> *Logo, como se vê, ao contrário do que sustenta a instituição financeira apelante, os autos revelam que a dívida contraída pelo cônjuge da recorrida não fora em prol do casal.*
>
> *Dessa forma, sendo o débito executado proveniente da atividade privativa do marido da embargada/recorrida, não há que se falar em benefício capaz de autorizar a penhora da sua meação."*

Pelo exposto, acompanho o e. Relator para negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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

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

Campo Grande, 28 de maio de 2013.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4002798-02.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATA INDÍGENA – VAGAS DEFINIDAS NO EDITAL EM NÚMERO AQUÉM DO MÍNIMO EXIGIDO PARA CONTEMPLAR A RESERVA LEGAL – DECRETO ESTADUAL N. 13.141/2011 – PREVISÃO DE POSSIBILIDADE DE AUMENTO DE VAGAS – PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – SIMPLES EXPECTATIVA DE DIREITO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA.

A possibilidade prevista em edital de concurso público de surgimento de vagas no prazo de validade do certame, que poderão ser preenchidas por candidatos habilitados, não gera para eles direito líquido e certo, por ser ato discricionário do administrador, que implica tão somente mera expectativa de direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o 1º Vogal.

Campo Grande, 22 de julho de 2013.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Mirna Greff Lili, brasileira, militar, inscrita no CPF/MF n. 949.984.421-04, portadora da cédula de identidade RG n. 1.278.084 SSP/MS, com endereço à Rua Francisco Serra, n. 310, Bairro Planalto, nesta Cidade, contra suposto ato coator praticado pelo Secretário (a) de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul, Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul.

Em apertada síntese, alega que:

I) inscreveu-se no Concurso Público de Provas para Ingresso no Curso de Formação de Oficiais PM, para investidura no cargo de Carreira da Polícia Militar deste Estado, com previsão de 20 vagas, concorrendo na reserva de vagas destinadas ao índios, conforme item 3.1 do respectivo Edital;

II) foi aprovada na prova escrita objetiva, sendo classificada na 115ª colocação, motivo por que foi convocada para a entrevista de verificação, na qual obteve parecer conclusivo favorável, pela declaração de sua etnia;

III) ao contrário do que esperava, não foi chamada à fase seguinte do certame, consistente no Exame de Aptidão Mental (exame psicotécnico), para a qual foram convocados 60 candidatos classificados, dentre os quais não estava a impetrante.

IV) a não inclusão da impetrante na lista de convocados para realizar o exame de aptidão física, mesmo com parecer favorável na entrevista de verificação, fere a disposição contida na segunda parte do item 9.1 do Edital 1/2012, não sendo observadas a legislação e a jurisprudência pertinentes à matéria, o que evidencia o *fumus boni iuris;*

V) o *periculum in mora* reside no fato de que o Exame de Aptidão Mental está previsto para o dia 24.03.2013 às 8 horas e estando impedida de participar do exame em questão, já que não foi convocada, tal fato implicará sua sumária exclusão do certame

VI) por fim, que há previsão de quantitativo de vaga, além daquelas previstas no edital, que permitirá a nomeação da impetrante, caso venha obter êxito no certame, o que determina que deva continuar nas demais fases do respectivo concurso, o que demonstra seu direito líquido e certo.

V) Pede que lhe sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita;

Postula a concessão da liminar, para que seja reconhecido seu direito líquido e certo de prosseguir no certame e, ao final, concedida a segurança.

Foi concedida liminar às f. 260-264.

A autoridade coatora prestou informações às f. 270-296.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 297-304, opinando pela denegação da segurança.

VOTO

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

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Mirna Greff Lili, brasileira, militar, inscrita no CPF/MF n. 949.984.421-04, portadora da cédula de identidade RG n. 1.278.084 SSP/MS, com endereço à Rua Francisco Serra,n. 310, Bairro Planalto, nesta Cidade, contra suposto ato coator praticado pelo Secretário (a) de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul, Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul.

Em apertada síntese, alega que:

I) inscreveu-se no Concurso Público de Provas para Ingresso no Curso de Formação de Oficiais PM, para investidura no cargo de Carreira da Polícia Militar deste Estado, com previsão de 20 vagas, concorrendo na reserva de vagas destinadas aos índios, conforme item 3.1 do respectivo Edital;

II) foi aprovada na prova escrita objetiva, sendo classificada na 115ª colocação, motivo por que foi convocada para a entrevista de verificação, na qual obteve parecer conclusivo favorável, pela declaração de sua etnia;

III) ao contrário do que esperava, não foi chamada à fase seguinte do certame, consistente no Exame de Aptidão Mental (exame psicotécnico), para a qual foram convocados 60 candidatos classificados, dentre os quais não estava a impetrante.

IV) a não inclusão da impetrante na lista de convocados para realizar o exame de aptidão física, mesmo com parecer favorável na entrevista de verificação, fere a disposição contida na segunda parte do item 9.1 do Edital 1/2012, não sendo observadas a legislação e a jurisprudência pertinentes à matéria, o que evidencia o *fumus boni iuris;*

V) o *periculum in mora* reside no fato de que o Exame de Aptidão Mental está previsto para o dia 24.03.2013 às 8 horas e estando impedida de participar do exame em questão, já que não foi convocada, tal fato implicará sua sumária exclusão do certame.

VI) por fim, que há previsão de quantitativo de vaga, além daquelas previstas no edital, que permitirá a nomeação da impetrante, caso venha obter êxito no certame, o que determina que deva continuar nas demais fases do respectivo concurso, o que demonstra seu direito líquido e certo.

V) Pede que lhe sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita;

Postula a concessão da liminar, para que seja reconhecido seu direito líquido e certo de prosseguir no certame e, ao final, concedida a segurança.

Observa-se que a impetrante objetiva, com o *mandamus,* o reconhecimento do direito de continuar nas demais etapas do Concurso Público de Provas, para Ingresso no Curso de Formação de Oficiais PM/2012 e posterior investidura em cargo da Carreira Polícia Militar, promovido pela Secretaria de Estado de Administração e de Justiça e Segurança Pública deste Estado, conforme Edital n. 1/2012 – SAD/SEJUSP/PMMS/CPO, publicado no DOE n. 8.333 de 13.12.2012, nas vagas destinadas aos candidatos de etnia indígena.

Afirma que as autoridades apontadas como coatoras não consideraram corretamente os termos da Lei 3.594/2008, alterada pela Lei 3.939/2010, ao impedirem que ela realizasse a próxima fase do certame (exame psicotécnico), em razão de sua classificação fora do número de vagas previstos no Edital.

Isso porque, segundo afirma, embora o respectivo edital tenha previsto a existência de 20 vagas, para provimento dos cargos ali dispostos, fez ressalva com relação às vagas que porventura serão criadas ou abertas durante o prazo de validade do concurso e que poderão ser preenchidas por candidatos habilitados.

Diante dessa ressalva e conforme Ofício n. 441/2011-PM3, anexado aos autos, que traz a informação de que o quantitativo de vagas abertas não era o previsto no instrumento de abertura do certame, mas sim de 50 vagas, poderia ela ser posteriormente, estando devidamente habilitada, ser convocada para essas vagas.

No entanto, segundo afirma, a sua exclusão de uma das fases do concurso, em razão de sua classificação estar fora do quantitativo de vagas anunciado no edital, que é irreal, implica clara lesão a seu direito líquido e certo de continuar no Concurso e posteriormente ser convocada para vagas a serem criadas, conforme consta do próprio edital.

Ante tal, importante ressaltar que foi concedida liminar à impetrante, para o fim de que pudesse realizar o exame de aptidão mental (psicotécnico), em razão de ter ela obtido parecer favorável na entrevista de verificação, com fundamento na disposição contida na parte final do item 9.1 do respectivo edital (f. 260-264).

Entretanto, embora tenha a impetrante obtido a concessão da liminar pleiteada, com o reconhecimento da existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, nessa fase processual é imprescindível verificar se direito líquido e certo por ela ventilado, que a possibilitará de continuar no certame e ser considerada habilitada para ingressar em vagas que eventualmente possam vir a existir, dentro do prazo de validade do concurso em questão, está evidenciado nestes autos.

Diante desse conceito, retorno ao que dispõe o edital n. 1/2012 – SAD/SEJUSP/PMMS/CPO, regulador do certame, sobre a questão das vagas:

> *"1.1 - O Concurso Público de Provas para Ingresso no Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar/2012 será realizado sob a responsabilidade da Secretaria de Estado de Administração, em conjunto com a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, para o preenchimento de 20 (vinte) vagas existentes no Quadro de Oficiais da Polícia Militar - QOPM, sendo 16 (dezesseis) vagas para*
>
> *o sexo masculino e 4 (quatro) vagas para o sexo feminino.*
>
> *(...)*
>
> *3.1 - Aos candidatos que, no momento da inscrição, se declararem negro ou índio será reservada a cota de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento), respectivamente, das vagas oferecidas neste Concurso Público de Provas SAD/SEJUSP/PMMS/CFO - 2012, observado o quantitativo indicado no item 1.1 deste Edital, em conformidade com a Lei n. 3.594, de 10 de dezembro de 2008, e com a Lei n. 3.939, de 21 de julho de 2010.*
>
> *3.2 - Na aplicação do percentual estabelecido no item anterior dever-se-á observar o estabelecido no Decreto n. 13.141, de 31 de março de 2011 e art. 19 da Lei n. 3.808, de 18 de dezembro de 2009."*

A citada Lei n. 3.594/2008, com redação dada pela Lei 3.939/2010, determina:

> *"Art. 1º O Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para negros e índios, reservando-lhes cota mínima de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento), respectivamente, das vagas oferecidas em todos os seus concursos para provimento de cargos públicos nos quadros de carreira.*
>
> *§ 1º A reserva mínima de que trata a presente Lei será disponibilizada, observada a proporcionalidade, aos negros e aos índios aprovados no processo seletivo realizado em iguais condições para todos os candidatos.*
>
> *§ 2º Dos editais dos concursos públicos deverá constar a previsão de reserva de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento) das vagas oferecidas para negros e índios, respectivamente, existentes entre os candidatos aprovados."*

Já o Decreto n. 13.141/2011, que regulamenta o programa de reserva de vagas em concursos públicos, para provimento de cargos neste Estado, preceitua:

> *"Art. 10. A nomeação dos candidatos aprovados será de acordo com a ordem de classificação geral no concurso, observados os seguintes critérios para os candidatos integrantes do programa de reserva de vagas:*
>
> *(...)*
>
> *II - a cada fração de 33 candidatos, a trigésima terceira vaga fica destinada a candidato indígena aprovado, de acordo com a sua ordem de classificação na lista específica, em observância ao princípio da proporcionalidade. "*

Conforme as normas citadas, a legislação estadual destina 3% das vagas de concurso público aos candidatos indígenas, que assim se declararem.

Ao regulamentar a aplicação desse percentual, o Decreto n. 13.141/2011 estabeleceu que a cada 33 vagas abertas, uma será destinada ao candidato indígena aprovado, de acordo com a sua ordem de classificação na lista específica (art. 10, inciso II – suso transcrito).

Em razão dessa regra, a impetrante cita, para embasar seu pedido, o item 1.2 do edital que dispõe: *"as vagas que porventura forem criadas ou abertas durante o prazo de validade do presente Concurso poderão ser preenchidas por candidatos habilitados, em todas as fases, obedecida a ordem de classificação final."*

Afirma, ainda, que o próprio Comando Geral da Polícia Militar teria informado às autoridades apontadas como coatoras que o quantitativo de vagas abertas e existentes perfazia o total de 50 e não somente as 20 vagas divulgadas no edital, o que atenderia à disposição legal mencionada, possibilitando sua convocação no prazo de validade do concurso.

Entretanto, o direito líquido e certo que viabiliza a concessão do remédio constitucional, conforme lecionou 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 tiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.*
>
> *Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança" (in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 20ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, pág. 34/35).*

Portanto, na hipótese, tendo a administração pública fixado um número pré-determinado de vagas disponíveis, ou seja, vinte vagas a serem preenchidas pelos candidatos aprovados no certame, tal fato retira, de plano, o direito da impetrante de ser convocada na vaga determinada ao candidato indígena, nos termos do decreto mencionado.

Do mesmo modo, a possibilidade prevista no item 1.2 do edital, de preenchimento de vagas que porventura venham surgir no prazo de validade do certame e que poderão ser preenchidas por candidatos habilitados, não gera para a impetrante o direito líquido e certo aventado, já que, conforme se vê, o exercício do direito pleiteado depende do surgimento, no período de validade do concurso, de vagas para o cargo público em questão, sendo, portanto, um ato discricionário do administrador, o que implica mera expectativa de direito da impetrante.

Esse é o posionamento da jurisprudência pátria:

> *"DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE. ATO DISCRICIONÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previsto no edital tem mera expectativa de direito à nomeação. Com isso, compete à Administração, dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições.*
>
> *2. A prorrogação do prazo de validade de concurso público é ato discricionário da Administração, sendo vedado ao Poder Judiciário o reexame dos critérios de conveniência e oportunidade adotados.*

3. Agravo regimental desprovido. " (AgRg no REsp 34.175/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011).

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES A TÍTULO PRECÁRIO. QUEBRA DA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O candidato aprovado em concurso publico fora do número de vagas previsto no edital tem mera expectativa de direito à nomeação. Com isso, compete à Administração, dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições.

2. Não é a simples contratação temporária de terceiros no prazo de validade do certame que gera direito subjetivo do candidato aprovado à nomeação. Impõe-se que se comprove que essas contratações ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo desocupados.

3. Se a Administração preencheu as vagas existentes de cargos de provimento efetivo de acordo com a ordem classificatória do concurso público e, além disso, contratou terceiros de forma temporária, presume-se que há excepcional interesse público a demandar essa conduta, razão por que não se pode entender tenha atuado de forma ilegal ou mediante abuso de poder.

4. Recurso ordinário não provido. " (RMS 33.315/AP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 23/02/2011).

Assim, o direito líquido e certo não se satisfaz com mera expectativa de direito, que segundo Iêdo Neves, *"é a possibilidade de obter vantagens ainda não constituídas, definidas ou consolidadas. Diz-se também, da espera de aquisição futura dum direito em via de formação.*"(NEVES, I. B. Ob. Cit. Vide: direito), o que, conforme já ressaltado, é o caso da impetrante.

Por tais considerações, com o parecer Ministerial, denego a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 1º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 22 de julho de 2013.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 0604481-30.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA – SUPOSTA PRETERIÇÃO DE CANDIDATO QUE PARTICIPOU DE CONCURSO PÚBLICO – MATÉRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM A QUE FOI ANTERIORMENTE APRECIADA EM OUTRO WRIT – VIOLAÇÃO À COISA JULGADA NÃO CONFIGURADA – CANDIDATO SUB JUDICE NOMEADO COM CLASSIFICAÇÃO POSTERIOR A DO IMPETRANTE – DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – INEXISTÊNCIA – ORDEM DENEGADA.

Não há falar em infringência à coisa julgada quando o ato coator apontado pelo impetrante difere daquele apreciado em outro *mandamus* anteriormente ajuizado.

Não viola o direito do impetrante o cumprimento de ordem judicial de nomeação de candidato com classificação posterior a sua, porquanto inexistente ato espontâneo da Administração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, afastar a preliminar arguida, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 11 de setembro de 2013.

Des. Hildebrando Coelho Neto - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Denis Anderson de Matos Ramos, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na nomeação do candidato Thiago Martins Mendonça, classificado em 51º (quinquagésimo primeiro) lugar no concurso público de provas e títulos para ocupar o cargo de agente auxiliar de perícia.

Sustentou, em síntese, que, em referido certame, obteve melhor classificação que o mencionado candidato, alcançando a 50ª (quinquagésima) colocação.

Assim, por entender que a autoridade coatora violou a ordem de classificação do certame, preterindo o seu direito à nomeação, impetrou o presente *mandamus.*

Dessarte, asseverando estarem presentes os pressupostos autorizadores, pugnou pela concessão da segurança para que a autoridade coatora convoque o impetrante para assumir o cargo de agente auxiliar de perícia.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações (f. 43/55), apontando, preliminarmente, que a pretensão do impetrante afrontaria a coisa julgada, e, no mérito, que o ato impugnado não seria ilegal ou arbitrário, na medida em que a nomeação do candidato Thiago Martins Mendonça foi realizada por força de ordem judicial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 59/67), opinou pela denegação da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator).

Trata-se de remédio heroico impetrado por Denis Anderson de Matos Ramos contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na nomeação de candidato *sub judice* que ocupava a 51ª colocação, uma abaixo do impetrante, para tomar posse no cargo de agente auxiliar de perícia.

O Estado de Mato Grosso do Sul, ao prestar informações, asseverou, em preliminar, que a pretensão do impetrante viola a coisa julgada, uma vez que a matéria discutida neste *writ* já teria sido apreciada em outro *mandamus*. No mérito, aduz que o ato impugnado não é ilegal ou arbitrário, pois a nomeação do candidato se deu em cumprimento à ordem judicial.

DA PRELIMINAR.

Coisa Julgada.

Assevera o Estado de Mato Grosso do Sul que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, com suporte no inciso V do art. 267 do CPC, sob o argumento de que o impetrante estaria reabrindo a discussão acerca do idêntico pedido anteriormente formulado e apreciado em outro mandado de segurança por ele ajuizado, o que implicaria em malferência à coisa julgada.

Não assiste razão ao impetrado.

Ora, o impetrante ajuizou o mandado de segurança n. 2007.010959-8/0000-00 sob o fundamento de que todos os candidatos aprovados no certame para ocupar o cargo de agente auxiliar de perícia deveriam ser nomeados, pois as funções a eles afetas estariam sendo executadas indevidamente por servidores de outros setores da Administração, dentre eles, servidores cedidos, mirins e estagiários da bolsa universitária (*vide* f. 23/33).

Por outro lado, o impetrante ajuizou o presente *mandamus* (autos n. 0604481-30.2012.8.12.0000) em razão de a autoridade coatora ter nomeado um candidato que obteve colocação abaixo da sua, ou seja, por suposta ilegalidade no preenchimento das vagas do certame.

Com efeito, enquanto no primeiro *mandamus* o impetrante imputou à autoridade coatora a suposta prática de desvio de função, cuja segurança foi denegada por falta de provas (*vide* f. 23/27), neste *writ* a discussão gira em torno de ter ou não ocorrido preterição no preenchimento das vagas do certame.

Vê-se, pois, que os atos coatores apontados pelo impetrante em ambos os mandados de segurança não se confundem, de modo que não há falar em coisa julgada.

Portanto, rejeito a preliminar aventada.

DO MÉRITO.

Infere-se dos autos que o impetrante submeteu-se a concurso público de provas para o cargo de agente auxiliar de perícia, concorrendo a uma das 45 vagas oferecidas no município de Campo Grande. O impetrante obteve a 50ª colocação.

No entanto, alega que, quase quatro anos após o encerramento do certame, tomou conhecimento da nomeação do candidato Thiago Martins Mendonça, classificado em 51º (quinquagésimo primeiro) lugar, para ocupar o cargo de agente auxiliar de perícia.

Nesse passo, por entender que a autoridade coatora, ao nomear um candidato que obteve classificação abaixo da sua, preteriu o direito do impetrante, ajuizou o presente *mandamus,* objetivando compelir o impetrado a promover a sua convocação para tomar posse.

A segurança é de ser denegada.

Consoante se vê do Decreto 'P' n. 3.516, de 17 de agosto de 2012 (f. 11), a nomeação do candidato Thiago, classificado em 51º lugar, foi efetivada em cumprimento à ordem judicial proferida nos autos do mandado de segurança n. 2007.010971-8/0001.02 (0026766-66.2012.8.120000).

Com efeito, se a nomeação do candidato Thiago não se deu por ato administrativo voluntário, mas sim, objetivando cumprir comando sentencial, não há como imputar à autoridade coatora a prática de ilegalidade ou abuso de poder. Ao contrário, o seu ato não teve outro fim senão o de observar o estrito cumprimento do dever legal.

Por outro lado, importa salientar que o prazo de validade do certame encerrou-se em 27/12/2008. Dessarte, eventual nomeação do impetrante, à esta altura, acarretaria violação ao inciso IV do art. 37 da Constituição Federal[1]. Isto porque, à autoridade administrativa somente é dado convocar candidato aprovado em concurso público, *sponte sua*, até o prazo final previsto no edital.

Nesse sentido, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - COMPROVAÇÃO DE ERRO MATERIAL - ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES - DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA - MÉRITO - CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS "SUB JUDICE" COM CLASSIFICAÇÃO POSTERIOR À DA IMPETRANTE - DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - INEXISTÊNCIA - EXPIRAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO - SEGURANÇA DENEGADA.*
>
> *1. Reconhecida a existência de erro material relativo a fato relevante, com repercussão sobre o julgado, impõe-se o conhecimento dos embargos de declaração, com efeitos infringentes, para se reconhecer a tempestividade da ação.*
>
> *2. A partir da nomeação de candidatos com classificação posterior à da Impetrante, surgiria, em tese, seu direito subjetivo à nomeação e à posse no cargo.*
>
> ***3. Inexiste direito líquido e certo à nomeação e à posse no cargo de Delegado Federal, porquanto no momento da convocação de candidatos, em situação "sub judice", com classificação posterior à da Impetrante, o concurso já se encontrava expirado. Precedentes**.*

1 "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
'(...)'
III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;
IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;"

> *4. Ambos embargos rejeitados." (EDcl no MS 9.594/DF, Rel. Ministro Paulo Medina, Terceira Seção, julgado em 24/05/2006, DJ 11/10/2007, p. 287).*

A propósito, cumpre trazer à tona excerto do parecer Ministerial (f. 59/67):

> *"A jurisprudência pátria é pacífica no sentido de que o candidato que integra cadastro de reserva tem mera expectativa de direito à nomeação, a qual se convola em direito líquido e certo nos casos em que a administração pública descumpre a ordem de classificação dentro do prazo de validade do certame por ato administrativo voluntário, tornando obrigatória a nomeação, o que não se verifica no caso dos autos.*
>
> *Isto porque a nomeação do outro candidato se deu em razão de ordem judicial proferida nos autos do Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2007.010971-8/0001.02, o que não caracteriza ato ilegal ou abusivo da administração.*
>
> *'(...)'*
>
> *Além disso, importante anotar que o concurso em questão encerrou-se em 27/12/2008, consoante informa o próprio impetrante na exordial, portanto, o concurso para o qual o impetrante fora aprovado encontra-se com o prazo de validade encerrado e, sua eventual nomeação, importaria em clara ofensa ao disposto no art. 37, inc. IV, da Constituição Federal." (f. 59/67).*

De outra face, o impetrante não pode se beneficiar do comando judicial que atribuiu à autoridade coatora a obrigação de nomear o candidato Thiago, pois, como é cediço, a sentença proferida em processo individual irradia efeitos somente com relação às partes que dele participaram.

Nesse sentido, o art. 472 do Código de Processo Civil, ao disciplinar os limites subjetivos da coisa julgada, assevera que *"a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros"*.

Enfim, sob qualquer ângulo que se encare a questão, conclui-se que a denegação da ordem é medida que se impõe.

Ante o exposto, por não vislumbrar nenhuma violação ao direito líquido e certo do impetrante, de acordo com parecer ministerial, **denego a segurança**.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E, COM O PARECER, AFASTARAM A PRELIMINAR ARGUIDA, NO MÉRITO, DENEGARAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Josué de Oliveira e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 11 de setembro de 2013.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade n. 4000679-68.2013.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

E M E N T A – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL – LEI QUE ESTABELECE CARGA HORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS – LIMINAR – PRESENÇA DOS REQUISITOS – LIMINAR DEFERIDA.

Presentes a plausibilidade de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa e do perigo da demora, defere-se a liminar para suspender os efeitos de lei objeto de ação direta de inconstitucionalidade, quando a medida é proposta com o objetivo de suspender a vigência da lei tida por incompatível com o ordenamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, deferir o pedido cautelar, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, a Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 14 de agosto de 2013.

Des. Hildebrando Coelho Neto - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

O Prefeito Municipal de Campo Grande promove em desfavor da Câmara Municipal desta Capital a presente ação direta de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 213, de 31 de dezembro de 2012, que alterou dispositivo da Lei Complementar n. 190, de 22 de dezembro de 2011, para fixar em 30 horas a carga horária semanal para servidores públicos que ocupam o cargo de assistentes sociais e enfermeiros.

Sustenta, em síntese, que, ao estabelecer modificação na carga horária de servidores municipais de saúde, a norma combatida revela-se inconstitucional porque viola o artigo 67, § 1°, inciso II, alíneas a, b e d, da Constituição Estadual, uma vez que versa sobre matéria de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, o que representaria vício de iniciativa no processo de elaboração de leis.

Pugna pela concessão de medida liminar, asseverando estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora,* para suspender a eficácia dos dispositivos municipais impugnados (Lei Complementar n. 213, de 31 de dezembro de 2012), sob o argumento de que referida lei causa empecilho ao pleno atendimento à saúde municipal, impondo realização imediata de concurso e consequente aumento de despesas, o que implica em interferência indevida na realização do plano de governo.

Por fim, pede que o egrégio Tribunal declare a inconstitucionalidade das referidas Leis Municipais, por violarem os artigos 67, §1º, II, "b" e art. 2º e 14 da Constituição Estadual, fazendo-se as comunicações de estilo.

A Câmara Municipal de Campo Grande prestou informações, batendo-se pela ausência dos requisitos necessários ao deferimento de liminar e, no mérito, defende a constitucionalidade da lei objeto da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo deferimento da liminar, ante a presença dos requisitos para sua concessão.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator).

Analisa-se, aqui, o pedido de concessão da liminar, nos termos do artigo 136 c/c 597 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que reconhece a competência deste Colegiado para sua apreciação. Confira-se:

> *"Art. 136. Compete ao Órgão Especial, por delegação do Tribunal Pleno:*
>
> *I - processar e julgar originariamente:*
>
> *i) as representações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público estadual ou municipal e as que tiverem por objeto a intervenção em município, nos termos da Constituição do Estado;"*
>
> *"**Art. 597.** Salvo no período recesso e férias forenses, medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, **após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado**, que deverão se pronunciar sobre o pedido cautelar no prazo de cinco dias."*

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade que busca declarar a incompatibilidade vertical de Lei Municipal em face da Constituição Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul, proposta por prefeito de Município integrante desta unidade federativa, o que se amolda à sistemática adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

Os dispositivos impugnados referentes à Lei Complementar do Município de Campo Grande estão assim dispostos:

> *"LEI COMPLEMENTAR n. 213, DE 31 DE DEZEMBRO DE 2012.*
>
> *ALTERA DISPOSITIVO DA LEI COMPLEMENTAR n. 190, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2011 NA FORMA QUE ESPECIFICA.*
>
> *Faço saber, que a Câmara Municipal de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, aprova e eu, PAULO SIUFI NETO, seu presidente, promulgo nos termos do art. 42 §§ 3º e 7º da Lei Orgânica de Campo Grande-MS, combinado com o art. 29, inciso I, alínea "q", e art. 147 §§ 1º e 5º do Regimento Interno, a seguinte Lei Complementar:*
>
> *Art. 1º Altera dispositivo do Título II, Capítulo VII, Artigo 54, da Lei n. 190, de 22 de dezembro de 2011, passando a vigorar com a seguinte redação:*
>
> *"Art. 54. A carga horária semanal dos servidores públicos é de quarenta horas, cumprida em dois expedientes diários de quatro horas cada ou em unidades organizacionais com funcionamento contínuo, em turnos de revezamento ou escalas de serviço, assegurado*

o intervalo para alimentação, à exceção do cargo de Assistente Social que por disposição expressa da Lei Federal n. 12.317 de 26 de agosto de 2010, está sujeito a jornada inferior e dos cargos de enfermagem, consoante as recomendações da Organização Internacional do Trabalho, de 30 (trinta) horas semanais.(NR)"

Art. 2º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Campo Grande-MS, 31 de dezembro de 2012."

De outra parte, ao tratar da competência privativa do chefe do poder executivo, a Constituição Estadual dispõe:

"Art. 67. A iniciativa de leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, nos termos desta Constituição.

§ 1º São de iniciativa do Governador do Estado as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

b) os servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade;"

Quanto ao pedido liminar de suspensão da eficácia dos dispositivos municipais acima mencionados, sob o argumento de que referida atividade legislativa causa empecilho ao desenvolvimento dos projetos da Administração municipal, obstando a realização do plano de governo, tenho que há elementos para a sua concessão, porquanto vislumbro a presença de seus requisitos autorizadores.

Destarte, no caso em exame, emerge cristalina a presença do *fumus boni iuris*, cuja caracterização deve ser tida no plano da objetividade da dialética exposta na causa de pedir. Em outras palavras, em exercício da cognição sumária, o chamado *"relevante fundamento"* deve ser entendido como aquela subsunção objetiva do fato à norma constitucional tida como violada, pois o exame aprofundado e exauriente da prova é ato cognitivo a ser concretizado no julgamento de mérito.

A propósito, Kazuo Watanabe, em sua obra Cognição no Processo Civil, elucida o seguinte: *"Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina"* (Ed. Bookseller, 2000, Campinas, SP, pág. 128).

Nesse diapasão, vale transcrever os ensinamentos de Lúcia Valle Figueiredo:

"De conseguinte, relevante não é o que se apresenta ao juiz como tal, sem objetividade. Não são os 'standards pessoais' do juiz que estão em jogo. Relevante não pode ser condicionado subjetivamente. Pelo menos no que tange a garantias fundamentais da Constituição.

(...) ***Não importa que o julgador, a final, possa até reconhecer que a inconstitucionalidade inexiste****. Isto é decisão de mérito que, à primeira cognição do magistrado, não há de se colocar." (Mandado de Segurança, Malheiros Editores, 1996, p. 122).*

A propósito, sobre o relevante fundamento, o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça bem asseverou que "*Tecidas essas considerações, chega-se a conclusão de que a prova inequívoca da* ***verossimilhança da alegação está consubstanciada no fato de a Lei Complementar n. 213/2012, de 31 de dezembro de 2012 estar marcada por vício de inconstitucionalidade ante ofensa ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes*** *(art. 2º da Constituição Estadual), à cláusula de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo Municipal (artigo 67, § 1º, inciso II, b da Constituição Estadual) e à autonomia administrativa conferida ao Prefeito Municipal (artigo 89, incisos V, VI, IX e X, da Constituição Estadual).*" (p.38)

Assim, no exercício de cognição sumária**,** vislumbro a presença do *fumus boni iuris***,** sobretudo porque, à primeira vista, demonstrado está tal requisito. Além do mais, a suspensão liminar da eficácia da norma, *a priori*, se amolda, com mais precisão, ao interesse metaindividual (saúde) em discussão e à acepção de Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, considerando o argumento do autor de que os dispositivos tidos por inconstitucionais invadem a competência privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal, emerge caracterizada a urgência suficiente para o deferimento da liminar, eis que evidente a afronta imediata a necessária ordem pública.

Nesse contexto, a diminuição de horas implica redução no atendimento e imposição de realização de concurso, aumentando, necessariamente, as despesas da Administração Municipal, o que interfere indevidamente na realização do plano de governo e orçamento, aspectos que também conduzem à demonstração do requisito do *periculum in mora*.

A propósito, o Órgão Especial deste areópago já assentou:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO LIMINAR DE SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DE LEI MUNICIPAL. VÍCIO NA ELABORAÇÃO DE LEIS DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO PREFEITO. ARTIGO 62, INCISO III, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. NORMA QUE APARENTA VIOLENTAR, PRIMA FACIE, ARTIGO DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. Admite-se a concessão de medida cautelar em ADIN, para garantir a eficácia do acórdão que decidir a respeito do mérito da ação direta de inconstitucionalidade, quando presentes a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação." (TJMS; ADI 2011.020031-2/0000-00; Órgão Especial; Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay; DJEMS* **20/09/2011***; Pág. 13)*
>
> *No mesmo sentido, recentemente, por ocasião do julgamento da ADI n. 2011.026985-9, publicada no DJEMS de 17/04/12, reiterou-se o referido posicionamento:*
>
> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO LIMINAR DE SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DE LEI MUNICIPAL. VÍCIO NA ELABORAÇÃO DE LEIS DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO PREFEITO ARTIGO 67, §1º, INCISO II, ALÍNEAS "A", "B" E "D" DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. NORMA QUE APARENTA VIOLENTAR, PRIMA FACIE, ARTIGO DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. Admite-se a concessão de medida cautelar em ADIN, para garantir a eficácia do acórdão que decidir a respeito do mérito da ação direta de inconstitucionalidade, quando presentes a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação." (TJMS; ADI 2011.026985-9/0000-00; Campo Grande; Órgão Especial; Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay; DJEMS* **17/04/2012***; Pág. 19)*

Não bastasse isso, vale ressaltar que ação direta de inconstitucionalidade é de curso célere e, acaso venha a ser indeferido o pedido nela contido, o cumprimento do comando legal ficará na dependência do simples restabelecimento da carga horária reduzida pela lei objeto da presente ação direta.

Diante do exposto, com o parecer ministerial, voto pelo deferimento da liminar de suspensão da eficácia dos dispositivos municipais impugnados (Lei Complementar Municipal n. 213/2012).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E, COM O PARECER, DEFERIRAM O PEDIDO CAUTELAR, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA TÂNIA GARCIA DE FREITAS BORGES.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. João Batista da Costa Marques, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Josué de Oliveira, Des. Joenildo de Sousa Chaves, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 14 de agosto de 2013.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4002367-65.2013.8.12.0000 – Tribunal de Justiça
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO – ENEM – ALUNO COM 16 ANOS DE IDADE QUE ALCANÇOU NOTAS SUPERIORES ÀS ESTABELECIDAS PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO – NEGATIVA DA AUTORIDADE COATORA EM EMITIR CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO POR CONTA DO FATOR CRONOLÓGICO – AFRONTA AOS ARTS. 205 E 208, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRESUNÇÃO DE SUA CAPACIDADE INTELECTUAL E COGNITIVA – ORDEM CONCEDIDA.

Se o impetrante, ao realizar a prova do ENEM, alcançou pontuação acima da média exigida pelo Ministério da Educação, e foi pré-selecionado para ingressar no curso de Ciência da Computação na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, demonstrou possuir capacidade intelectual e cognitiva, fazendo jus à expedição do certificado exigido para realização de sua matrícula e ingresso no curso superior.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Ausente, por férias, o Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 9 de setembro de 2013.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Lucas Gonzales de Queiroz, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pela Secretária de Estado de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, alegando, em síntese, que realizou o Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM/2012 e atingiu a pontuação exigida na Portaria n. 144, de 24 de maio de 2012, do Ministério da Educação. No entanto, por não possuir idade mínima de 18 anos na data que realizou a prova, teve negada a emissão do certificado de conclusão do ensino médio. Em razão disso, foi impedido de matricular-se no curso de Ciência da Computação na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Alegou que possui 16 anos de idade e está cursando o 3º ano do ensino médio, demonstrando possuir conhecimento e nível intelectual suficientes para ingressar no ensino superior.

Mencionou que os arts. 205 e 208, inciso V da Constituição Federal e o inciso V do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, preconizam que é dever do Estado garantir às pessoas o amplo acesso aos níveis mais elevados de ensino.

Assim, asseverando estarem presentes os pressupostos autorizadores, pugna pelo deferimento de medida liminar para o fim de que a autoridade coatora forneça ao impetrante o certificado de conclusão do ensino médio.

A liminar foi deferida às f. 26/28.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou suas informações (f. 30/38), asseverando que o ato impugnado não é ilegal ou arbitrário, pois foi realizado de acordo com a legislação que regula o Enem.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 41/51), opinou pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator).

Trata-se de remédio heroico impetrado por Lucas Gonzales de Queiroz contra ato da Secretária de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul, consistente na negativa da autoridade coatora em emitir certificado de conclusão do ensino médio, em razão de o impetrante não possuir 18 anos completos na data em que realizou a prova do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM.

O Estado de Mato Grosso do Sul cumpriu a decisão liminar e asseverou que o ato impugnado não é ilegal ou arbitrário.

O representante do *parquet* estadual opinou pela concessão da segurança.

A segurança deve ser concedida.

Infere-se dos autos que o impetrante conta com 16 anos de idade e ingressou no 3º ano do ensino médio, bem assim que realizou a prova do Enem, alcançando notas superiores à pontuação mínima exigida na Portaria n. 144, de 24 de maio de 2012, do Ministério da Educação (*vide* fotocópia do registro geral e resultado do exame do ENEM/2012 - f. 12 e 13), *in verbis:*

> *"Art. 1° A certificação de conclusão do ensino médio e a declaração parcial de proficiência com base no Exame Nacional de Ensino Médio (ENEM) destinam-se aos maiores de 18 (dezoito) anos que não concluíram o ensino médio em idade apropriada, inclusive às pessoas privadas de liberdade.*
>
> *Art. 2º O participante do ENEM interessado em obter certificação de conclusão do ensino médio deverá possuir 18 (dezoito) anos completos até a data de realização da primeira prova do ENEM e atender aos seguintes requisitos:*
>
> *I - atingir o mínimo de 450 (quatrocentos e cinquenta) pontos em cada uma das áreas de conhecimento do exame;*
>
> *II - atingir o mínimo de 500 (quinhentos) pontos na redação."*

Além disso, o impetrante realizou exame vestibular e foi convocado no processo seletivo da UFMS/2013 - Verão - Sisu/2013, em 06 de março do corrente ano, para ingressar na universidade, no curso de Ciência da Computação, na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (f. 14 e 24).

Com efeito, nota-se que o impetrante, com exceção da idade mínima de 18 anos prevista no art. 2º da Portaria n. 144/2012, preencheu os requisitos necessários à certificação. Assim, resta analisar se esse fator cronológico justifica o óbice imposto pela Administração.

Pois bem, o simples fato de não possuir o impetrante dezoito anos completos na data que realizou a prova do Enem não poderia servir de supedâneo para o indeferimento da expedição de certidão, com o consequente impedimento de seu ingresso na universidade.

Ora, os artigos 205 e 208, inciso V, da Constituição Federal, preconizam que o dever estatal, relativamente ao direito fundamental à educação, deverá ser efetivado, dentre outras, mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados de ensino, segundo a capacidade de cada indivíduo, visando o pleno desenvolvimento da pessoa. Veja-se:

> *"Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."*
>
> *"Art. 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*
>
> *(...)*
>
> *V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;"*

Buscando conferir concretude a referido princípio, dispõe o inciso V do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> *"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:*
>
> *'(...)'*
>
> *V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;"*

No mesmo diapasão, a Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, permite que o aluno seja inscrito na etapa adequada segundo o seu grau de desenvolvimento e experiência, independentemente da escolarização anterior. Veja-se o teor do inciso V do art. 4, do § 5º do art. 5º e da alínea 'c' do inciso II do art. 24 do referido diploma legal:

> *"Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:*
>
> *'(...)'*
>
> *V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;*

Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo.

'(...)'

§ 5º Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior.

Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

'(...)'

II - a classificação em qualquer série ou etapa, exceto a primeira do ensino fundamental, pode ser feita:

c) independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino;"

Nesse passo, torna-se forçoso concluir que a decisão da autoridade impetrada implicou em malferência ao direito líquido e certo do impetrante, na medida em que cria obstáculo desarrazoado ao amplo acesso à educação garantido constitucionalmente (arts. 6º, 205 e 208 da CF).

Nesse sentido, é o posicionamento desta Egrégia Corte de Justiça:

"EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO - CANDIDATO MENOR DE 18 ANOS APROVADO NO ENEM E/OU VESTIBULAR - CAPACIDADE INTELECTUAL DEMONSTRADA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA. Possui direito liquido e certo à concessão do certificado de antecipação de conclusão do 3º ano do ensino médio candidato aprovado no ENEM e/ou vestibular para ingresso na universidade. Deve ser privilegiada a capacidade intelectual em detrimento de regra formal de imposição de idade mínima, quando efetivamente demonstradas perfeitas condições para ingresso na universidade. Segurança concedida." (Mandado de Segurança n. 4000829-49.2013.8.12.0000. Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Comarca: Campo Grande. Órgão julgador: 2ª Seção Cível. Data do julgamento: 11/03/2013. Data de registro: 15/03/2013).

"EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO - CANDIDATO MENOR DE 18 ANOS APROVADO EM VESTIBULARES DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS E COM CONSIDERÁVEL APROVEITAMENTO CURRICULAR - CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO APONTAM DÚVIDAS ACERCA DA CAPACIDADE PARA AVANÇAR NOS ESTUDOS - EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA, COM O PARECER. I. Em regra, a certificação no nível de conclusão do Ensino Médio ou Declaração de proficiência com base no ENEM devem ser emitidas em favor do aluno que detém 18 anos de idade; excepcionalmente, demonstrada a capacidade excepcional de aproveitamento curricular, devem ser concedidas a certificação e a declaração de proficiência independentemente da idade cronológica. II. Se existem elementos nos autos aptos a sustentar que o impetrante

deteve aproveitamento considerável de ensino, seja mediante análise do histórico escolar, seja pela aprovação em segundo lugar no curso de fisioterapia, mostra-se imperioso outorgar-lhe a segurança para, confirmando-se a medida liminar antes concedida, autorizar-lhe o prosseguimento nos estudos." (Mandado de Segurança n. 4000758-47.2013.8.12.0000. Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson. Comarca: Campo Grande. Órgão julgador: 2ª Seção Cível. Data do julgamento: 11/03/2013. Data de registro: 14/03/2013).

"EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM) - ALUNO QUE PARTICIPOU DO EXAME, OBTENDO APROVAÇÃO - NEGATIVA DA AUTORIDADE COATORA EM EMITIR CERTIFICADO SUBSTITUTIVO DE SUA CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO, AO FUNDAMENTO DE QUE O ALUNO É MENOR DE 18 (DEZOITO) ANOS E NÃO CURSOU OS TRÊS ANOS DO ENSINO MÉDIO - INSCRIÇÃO AO ENEM QUE NÃO FOI VEDADA PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, QUE TINHA CONHECIMENTO TANTO DA MENORIDADE QUANTO DA AUSÊNCIA DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO PELO IMPETRANTE - AFRONTA AOS ARTS. 205 E 208, V, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ORDEM CONCEDIDA. 1. A submissão e consequente aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), sem que o candidato tenha 18 anos de idade e comprovante da conclusão do ensino médio, é o bastante para que seja expedido em seu favor a certidão substitutiva da aprovação no ensino médio, pela presunção da adequada capacidade intelectual e cognitiva da estudante. 2. Justificável que assim se proceda, já que o próprio Ministério da Educação não vedou o acesso do impetrante ao referido exame, mesmo sabendo de sua idade inferior a dezoito anos e a ausência de conclusão do ensino médio. 3. Ademais, o impedimento do estudante ao acesso a estágio superior de ensino não se coaduna com o sentido das normas protetivas do direito à educação, além de contrariar os princípios constitucionais erigidos como norteadores do sistema nacional de ensino, frustrando a realização do direito e o desempenho concreto de sua função social." (Mandado de Segurança n. 4000296-90.2013.8.12.0000. Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Comarca: Campo Grande. Órgão julgador: 4ª Seção Cível. Data do julgamento: 25/03/2013. Data de registro: 01/04/2013).

A propósito, cumpre trazer à tona o excerto do parecer Ministerial (f. 41/51):

"Trata-se de uma situação flagrantemente injusta a negativa de emissão do certificado pleiteado, ainda mais no caso em apreço, em que, repita-se, consta nos autos que o Impetrante garantiu pontuação superior àquela exigida para certificação do ensino médio (f. 13), bem como foi selecionado pelo processo seletivo SISU/2013 Verão na 04ª convocação para matrícula do curso de Ciência da Computação na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS (f. 24).

Ademais, a educação é um direito fundamental de todos e visa o pleno desenvolvimento intelectual, social, psicológico e físico dos indivíduos, não podendo ficar à mercê de que aluno atinja a idade mínima de 18 (dezoito) anos até a data de realização da primeira prova do ENEM, como no caso telado.

Assim, o óbice temporal imposto pelas normas no tocante ao requisito de idade mínima exigida para a emissão do certificado de conclusão do Ensino Médio mostra-se desarrazoado, uma vez que não leva em consideração a capacidade de aprendizagem de cada aluno, mas apenas um critério absurdo, que impede que frequentem a universidade aqueles que possuem capacidade comprovada para tanto.

Ora, se a impetrante-candidata logrou obter médias superiores àquelas exigidas em cada área de conhecimento, para aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio, demonstrando, assim, capacidade intelectual para ingressar no ensino superior, conforme permite a Portaria 807/2010 do MEC, é certo que a exigência cronológica de ter completos 18 anos revela-se desarrazoada e em contradição à Lei Maior, de maneira que não deve ser motivo de impedimento para obstar a impetrante de frequentar o ensino superior.

Dessa forma, o critério biológico não pode sobrepor-se ao fator conhecimento, a ponto de impedir o ingresso da impetrante no ensino superior, porquanto comprovou, por meio da aprovação no ENEM, que possui capacidade intelectual para tanto, medida bastante conforme previsto pela CF/88, que assegura o acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um." (f. 41/51).

Ainda que assim não fosse, certo é que o impetrante, por força da liminar que lhe foi concedida e devidamente cumprida pelo ente estatal, consoante se vê das informações prestadas pelo Estado de Mato Grosso do Sul (f. 30), já ingressou na universidade, aplicando-se ao caso a teoria do fato consumado, segundo a qual impõe-se o respeito às situações de fato já consolidadas pelo decurso do tempo.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes arestos:

"E M E N T A - MANDADO DE SEGURANÇA - CERTIFICADO ANTECIPADO DE CONCLUSÃO DE ENSINO MÉDIO - APROVAÇÃO NO ENEM - EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO - LIMINAR DEFERIDA - FATO CONSUMADO - SEGURANÇA CONCEDIDA. Se a alteração da tutela jurisdicional concedida liminarmente trouxer mal maior do que aquele que o impetrante teria sofrido com o indeferimento da liminar, a segurança deve ser concedida em razão da consolidação de uma situação fática no tempo, em atenção a teoria do fato consumado." (Mandado de Segurança n. 0027328-75.2012.8.12.0000. Relator: Juiz Vilson Bertelli. Órgão julgador: 1ª Seção Cível. Data do julgamento: 04/02/2013. Data de registro: 13/02/2013).

"E M E N T A - MANDADO DE SEGURANÇA - CERTIFICAÇÃO DO ENSINO MÉDIO EM FACE DE APROVAÇÃO NO ENEM - CURSANDO FACULDADE - APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO - LIMINAR CONFIRMADA. Estando demonstrado no mandamus uma situação fática consolidada pelo lapso temporal e que deve ser respeitada, está delineado o campo de incidência da teoria do fato consumado autorizadora da confirmação da liminar concedida." (Mandado de Segurança n. 1600023-07.2012.8.12.0000. Relator: Des. Paschoal Carmello Leandro. Comarca: Campo Grande. Órgão julgador: 1ª Seção Cível. Data do julgamento: 01/10/2012. Data de registro: 05/10/2012).

Dessarte, a atitude louvável do impetrante em buscar o aprimoramento de seus estudos, obtendo aprovação tanto no exame do Enem quanto na prova vestibular para realizar o curso de Ciência da Computação na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, geram a presunção da capacidade intelectual e cognitiva do estudante, de modo que faz jus à expedição do certificado exigido para realização de sua matrícula e ingresso na universidade.

Diante do exposto, de acordo com o parecer ministerial, **concedo a segurança**, tornando definitiva a liminar deferida (f. 26/28), para determinar que a autoridade impetrada forneça ao impetrante Lucas Gonzales de Queiroz o certificado de conclusão do ensino médio, com base no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM.

Dê-se conhecimento desta decisão à autoridade apontada como coatora, nos exatos termos do disposto no artigo 456 do RITJMS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, POR FÉRIAS, O DES. MARCO ANDRÉ NOGUEIRA HANSON.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 09 de setembro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0605162-97.2012.8.12.0000/50000 - Miranda
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – IMPUGNAÇÃO AO LAUDO DE AVALIAÇÃO JUDICIAL – ALEGAÇÕES DE VÍCIOS E ERROS NO LAUDO FEITO PELO OFICIAL AVALIADOR – AUSÊNCIA DE PROVAS – AGRAVANTE NÃO TROUXE ARGUMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR O TEOR DA DECISÃO AGRAVADA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A repetição da avaliação de laudo feita por oficial de justiça é providência excepcional, devendo ser autorizada somente diante de prova inconteste do eventual erro cometido na avaliação.

É possível, na forma do art. 683 do CPC, a repetição de avaliação judicial, desde que alegado e comprovado erro na avaliação ou dolo do avaliador. "*A simples discordância quanto ao resultado da avaliação não autoriza a reavaliação",* cabendo ao juiz da causa decidir sobre a necessidade ou não da nova avaliação.

Mantém-se decisão prolatada em recurso de apelação cível, se no agravo regimental o recorrente nenhum elemento novo trouxe, que pudesse levar o relator a se retratar da decisão prolatada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de julho de 2013.

Des. João Maria Lós - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

José Valentin Venturini interpõe recurso de Agravo Regimental em face da decisão monocrática que, nos autos da ação de impugnação à avaliação que promove em face de Ciarama Comércio e Representações Ltda., em que este Relator negou provimetno ao agravo de instrumento e manteve a decisão singular em que o magistrado homologou o laudo de avaliação apresentado pelo avaliador judicial, com arrimo no art. 683 do CPC, por entender que o devedor, ora agravante, não trouxe aos autos qualquer indício de que o valor atribuído ao bem esteja em desacordo do que o praticado no mercado da região.

Alega o agravante que a decisão monocrática deve ser reformada, com a determinação de nova avaliação da área penhorada, pois os documentos utilizados para fundamentação de referida decisão (laudo de avaliação de fls. 21-29 dos autos de agravo de instrumento) não são os relativos à impugnação

à avaliação da área *sub judice* mas sim parte de uma avaliação realizada em outro processo (autos n. 0004661-36.2005.8.2002) onde a mesma área fora avaliada.

> *Afirma que "a avaliação de fls 21/29 não é a avaliação atacada pelo Agravo de Instrumento, ela é precisamente a demonstração de que a avaliação atacada (em anexo) não verificou corretamente a área avaliada, infringindo assim os requisitos dos artigos 680 e 681 do Código de Processo Civil. Mais, os documentos de fls. 21/29 demonstram o atendimento do artigo 683, I e III, de forma a determinar a realização de nova perícia.*
>
> *Os argumentos expendidos pelo senhor Relator estariam inteiramente corretos não fosse o engano quanto às avaliações, pois se entendeu que a uma era a atacada quando se tratava daquela que demonstra o erro da avaliação efetivamente levada a efeito e impugnada pelo recurso".*

Pede pela reconsideração da decisão monocrática do agravo de instrumento, de maneira a provê-lo e assim determinar a realização de nova perícia sobre o imóvel penhorado, nos termos do art. 683 do CPC ou caso não seja este o entendimento, que se junte aos autos os documentos em anexo e sejam remetidos à Primeira Câmara Cível para julgamento.

VOTO (EM 16.7.2013)

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator).

Trata-se de Agravo Regimental interposto por José Valentin Venturini em face da decisão monocrática que, nos autos da ação de impugnação à avaliação que promove em face de Ciarama Comércio e Representações Ltda., em que este Relator negou provimento ao agravo de instrumento e manteve a decisão singular em que o magistrado homologou o laudo de avaliação apresentado pelo avaliador judicial, com arrimo no art. 683 do CPC, por entender que o devedor, ora agravante, não trouxe aos autos qualquer indício de provas de que o valor atribuído ao bem estivesse em desacordo com o praticado no mercado da região ou que referido laudo estive eivado de erro.

Alega o agravante que a decisão monocrática deve ser reformada, com a determinação de nova avaliação da área penhorada, pois os documentos utilizados para fundamentação de referida decisão (laudo de avaliação de fls. 21-29 dos autos de agravo de instrumento) não são os relativos à impugnação à avaliação da área *sub judice, mas* sim parte de uma avaliação realizada em outro processo (autos n. 0004661-36.2005.8.2002) onde a mesma área fora avaliada.

Afirma que:

> *"A avaliação de fls 21/29 não é a avaliação atacada pelo Agravo de Instrumento, ela é precisamente a demonstração de que a avaliação atacada (em anexo) não verificou corretamente a área avaliada, infringindo assim os requisitos dos artigos 680 e 681 do Código de Processo Civil. Mais, os documentos de fls. 21/29 demonstram o atendimento do artigo 683, I e III, de forma a determinar a realização de nova perícia. Os argumentos expendidos pelo senhor Relator estariam inteiramente corretos não fosse o engano quanto às avaliações, pois entendeu-se que a uma era a atacada quando se tratava daquela que demonstra o erro da avaliação efetivamente levada a efeito e impugnada pelo recurso".*

Pede pela reconsideração da decisão monocrática do agravo de instrumento, de maneira a provê-lo e assim determinar a realização de nova perícia sobre o imóvel penhorado, nos termos do art. 683 do CPC ou caso não seja este o entendimento, que se junte aos autos os documentos em anexo e sejam remetidos à Primeira Câmara Cível para julgamento.

É a síntese dos autos. Passo à análise.

Trata-se de Agravo Regimental interposto por José Valentin Venturini em face da decisão proferida em sede agravo de instrumento a qual manteve a decisão proferida pelo magistrado singular em que este homologou o laudo de avaliação apresentado pelo avaliador judicial, com arrimo no art. 683 do CPC, por entender que o devedor, ora agravante, não trouxe aos autos qualquer indício de provas de que o valor atribuído ao bem estivesse em desacordo ao utilizado no mercado da região ou que referido laudo de avaliação estivesse eivado de erro.

Inicialmente, cumpre destacar que diferentemente do sustentado pelo agravante, não houve qualquer engano ao proferir as razões expostas no agravo de instrumento, haja vista que o laudo de avaliação que serviu de apoio para as razões do referido agravo de instrumento, onde o agravante pretendia sua anulação, foi juntado apenas nesta oportunidade, ou seja, em sede de agravo regimental, não sendo justo nem razoável suscitar engano quanto às avaliações como alegou o agravante.

Menciona o agravante que sua irresignação surgiu quando no processo de execução, originário destes autos, o oficial avaliador do juízo realizou laudo de avaliação sobre imóvel constante em processos diversos e na avaliação referente a esta execução não se verificou corretamente a área avaliada, pois não informou corretamente se há benfeitoria na área avaliada, nem mesmo sua destinação.

Não procedem tais argumentos. Explico.

No agravo de instrumento, mais precisamente às fls. 07 do processo eletrônico, o agravante aduz em relação ao laudo objeto da impugnação que: *"(...) não há nenhum detalhamento do imóvel a não ser a descrição da matrícula. Não informa o oficial de justiça se há benfeitorias na área e nem a sua destinação (embora seja público e notório na cidade de Jardim e junto aos Oficiais de Justiça que a finalidade da área é para o plantio de arroz, com muitas benfeitorias no local, inclusive estradas internas e canais de irrigação – o que valoriza a área)"* . Para confirmar suas afirmações **o agravante juntou no referido agravo de instrumento laudo de avaliação do imóvel, contudo, só agora, em sede de agravo regimental aduz que tal documento não era o documento impugnado nos autos, mas sim de documento (laudo de avaliação feito sobre o mesmo imóvel, porém em outro processo).**

Veja-se que na verdade quem se equivocou foi o próprio agravante, pois ao invés de juntar o laudo de avaliação impugnado no agravo de instrumento, juntou tão somente nesta oportunidade, em sede de agravo regimental.

E ainda, ao analisar referido laudo de avaliação, o qual foi juntado apenas nesta ocasião e é objeto da ação de impugnação agravada, verifica-se que diferente do sustentado pelo agravante, o oficial de justiça avaliador fez constar neste laudo a informação de que o imóvel não possui benfeitorias, ou seja, se manifestou sim sobre a existência ou não de benfeitorias no imóvel analisado. Veja-se:

> *"IMÓVEL RURAL: Uma gleba de terras pastais e lavradias, **sem benfeitorias**, denominado Lote B, com a área de 176,00 ha (cento e setenta e seis hectares) da subdivisão da Fazenda Pouso Alegre, situado no Município e comarca de Miranda-MS (...)"*

Sendo, assim, da feita que o agravante não trouxe os autos na ocasião do agravo de instrumento os documentos essenciais e imprescindíveis para a análise, e mesmo trazendo nesta oportunidade, não possuindo condão de afastar o julgamento monocrático, valho-me das mesmas razões de decidir da decisão monocrática para análise do presente recurso.

Eis o teor da decisão agravada:

"(...) A insurgência do agravante, refere-se à forma com que foi elaborado o laudo pelo avaliador, aduzindo ser dissonante dos valores do mercado imobiliário local, não ter sido realizado por profissional especialista no assunto e sobretudo por não existir no laudo a avaliação das benfeitorias existentes no local.

Cumpre esclarecer que os argumentos que o agravante sustentou na inicial da peça que impugna o laudo de avaliação, fls. 14 do processo eletrônico, são os mesmos desta peça recursal, veja-se:

"A área toda, parte de um complexo, é toda preparada para o plantio de arroz, onde existe captação de água do rio, sistema de irrigação, sistema de drenagem – toda a área – inclusive a penhorada, não se podendo aceitar o valor a ela dado.

A área toda, inclusive a penhorada, foi toda nivelada à laser, toda ela com valetas, com grande custo de preparação para o plantio de arroz.

(...)

Com referência à avaliação da área penhorada, não há no laudo nenhum documento, nenhuma informação oficial sobre o valor do hectare, o nome de nenhum corretor e de nenhuma imobiliária.

Não há ainda, nenhum elemento comparativo com outras áreas ou ouras avaliações e nem sequer foi juntada a pauta fazendária.

Assim, é de se concluir e afirmar que o valor das avaliação contém vícios, porque não decorreu de pesquisa séria ou de uma aferição de mercado ou qualquer outro meio idôneo capaz de aquilatar o verdadeiro valor do imóvel e suas benfeitorias (...)".

Analisando detidamente todas as questões trazidas nesta oportunidade, verifica-se que o agravante impugna o laudo de avaliação por vários motivos, dentre eles o fato de não ter sido feito por profissional com habilidades específicas para o caso, onde poderiam ter sido destacadas as benfeitorias realizadas no local, bem como feita a avaliação em conformidade ao valor venal das terras produtivas do local do imóvel, principalmente pelas peculiaridades do imóvel em análise.

Contudo, em momento algum o agravante trouxe aos autos provas de que seus argumentos devem prevalecer, como laudo de avaliação particular, ou ainda, ter feito pedido junto ao juízo da causa de realização de perícia técnica específica ao caso por perito judicial, para restar toda e qualquer hipótese de erro ou omissão afastada.

O laudo de avaliação apresentado pelo avaliador judicial às fls. 21/29 destes autos atende, estreme de dúvidas, os requisitos legais exigidos para sua elaboração, atentando-se para o disposto no artigo 681 do Código de Processo Civil, o qual aduz que:

"Art. 681. O laudo da avaliação integrará o auto de penhora ou, em caso de perícia (art. 680), será apresentado no prazo fixado pelo juiz, devendo conter:

I - a descrição dos bens, com os seus característicos, e a indicação do estado em que se encontram;

II - o valor dos bens.

Parágrafo único. Quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, o avaliador, tendo em conta"

O argumento de que o valor atribuído ao imóvel pelo avaliador judicial é inferior ao de mercado, não é razão suficiente, nem serve de condão ao embasamento do reconhecimento da nulidade do laudo apresentado.

Em que pesem os fundamentos ventilados pelo agravante, entendo que se trata de mera discordância aos termos da avaliação judicial, posto que nenhum erro concreto foi identificado no laudo judicial. Nesse ponto, vale registrar que as benfeitorias foram efetivamente consideradas no laudo judicial, (fls. 25/29), contudo, não há como analisar as razões da impugnação do agravante neste ponto, haja vista que não existe neste recurso qualquer documento capaz de atestar os argumentos do agravante, ou seja, provas de que as benfeitorias não foram devidamente avaliadas na proporção que, entende, deveriam ter sido feitas.

Sobre uma possível reavaliação do bem, eis que a parte agravante impugna o laudo feito pelo oficial avaliador, importante mencionar as lições de José Marcelo Menezes Vigliar sobre a norma contida no art. 683 do CPC, in verbis:

"Em princípio, a avaliação não deve ser repetida, exceto se ocorrer uma das hipóteses dos incisos do art. 683, que sempre reclamará pela produção de prova da parte que a invocar, mormente no que tange aos incisos I e III. Efetivamente, a avaliação, porque realizada por auxiliar do juízo, goza da presunção de ter sido realizada segundo os métodos aceitos em direito para a identificação do valor de determinado bem, não sendo razoável sua repetição apenas por discordância de uma das partes. Alegada e provada quaisquer das hipóteses contempladas no dispositivo ora analisado, caberá ao juiz decidir sobre a necessidade ou não da nova avaliação." (Código de Processo Civil Interpretado, Atlas, 2004, p. 1.492). (Grifei).

Ora, consoante dispõe o art. 683, do CPC, a repetição da avaliação do bem penhorado só ocorrerá quando qualquer das partes, fundamentadamente, demonstrar a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador ou, ainda, caso se verifique que, posteriormente à avaliação, houve majoração ou diminuição no valor do bem.

Compulsando os autos, contudo, evidencia-se que não estão presentes nenhuma das condições que autorizam a realização da nova avaliação judicial pretendida.

No caso, o ora agravante não demonstra de forma contundente erros, limitando-se apenas a debater-se quanto aos valores do laudo confeccionado pelo estabelecimento oficial.

Cumpre salientar que a legislação processual atribui ao Estabelecimento Oficial as funções de realizar a avaliação de bens, na condição de auxiliar da justiça. Sua postura é, até prova em contrário, imparcial. A decorrência disso é a presunção de que possui fé pública e capacidade técnica, nos termos do art. 143, V, do CPC.

Veja-se o entendimento desta Corte de Justiça sobre o tema em debate, in verbis:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – REPETIÇÃO DE AVALIAÇÃO JUDICIAL – DESNECESSIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

É possível, na forma do art. 683 do CPC, a repetição de avaliação judicial, desde que alegado e comprovado erro na avaliação ou dolo do avaliador (inciso I); posteriormente à avaliação houver majoração ou diminuição no valor do bem (inciso II); ou quando houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem (inciso III). A simples discordância quanto ao resultado da avaliação não autoriza a reavaliação".

(TJ/MS, AI n. N. 0601736-77.2012.8.12.0000, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, J: 08/11/2012) (grifei).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO IMPUGNAÇÃO AOS CÁLCULOS DO PERITO INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DA PERÍCIA AUSÊNCIA DE CÁLCULO POR PARTE DOS RECORRENTES DEMONSTRANDO O VALOR CORRETO DA DÍVIDA FACULDADE DO JUIZ EM DETERMINAR NOVA PERÍCIA RECURSO NÃO PROVIDO." (Agravo - N. 2009.026928-5/0000-00 Caarapó, Relator - Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz, 4ª Turma Cível, j. 23.3.2010).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO PEDIDO DE NOVA AVALIAÇÃO DO BEM IMPOSSIBILIDADE INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 683 DO CPC. A repetição da avaliação é providência excepcional, devendo ser autorizada somente diante de prova inconteste do eventual erro cometido na avaliação ou sobre a real alteração do valor do bem, o que, na hipótese, inocorre." (TJMS, Ag 2010.037249-0, 3ª T., Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. 15/03/2011).

Destarte, em que pesem as razões deduzidas na minuta de agravo, entendo que o agravante não fez prova de que o laudo padece de qualquer dos vícios previstos em lei, restando evidente que a decisão objurgada deve permanecer pelos seus próprios fundamentos, enfatizando que nada obsta o agravante de requerer em juízo nova perícia no imóvel caso comprove que a atual avaliação esteja eivada de vícios.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557 do CPC, nego provimento ao recurso, mantendo intacta a decisão hostilizada."

Tomando conhecimento da súplica do agravante, tive oportunidade de novamente analisar as questões postas anteriormente no recurso de agravo regimental, porém, não me convenci das razões deste regimental, razão pela qual mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Juiz Nélio Stábile).

Acompanho o Relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1° VOGAL, APÓS O RELATOR E O 2° VOGAL NEGAREM PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 23.7.2013)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (1° Vogal).

José Valentin Venturini interpõe recurso de agravo regimental contra decisão monocrática que negou seguimento de plano ao recurso de agravo instrumento interposto nos autos da ação de impugnação à avaliação que promove em face de Ciarama Comércio de Representações Ltda., mantendo a decisão singular em que o magistrado homologou o laudo de avaliação apresentado pelo avaliador judicial, com arrimo no art. 683 do CPC, por entender que o devedor, ora agravante, não trouxe aos autos qualquer indício de que o valor atribuído ao bem esteja em desacordo do que o praticado no mercado da região.

O agravante alega, em síntese, que (I) a decisão monocrática deve ser reformada, com a determinação de nova avaliação da área penhorada, pois os documentos utilizados para fundamentação de referida decisão (laudo de avaliação de fls. 21-29 dos autos de agravo de instrumento) não são os relativos à impugnação à avaliação da área sub judice, mas sim parte de uma avaliação realizada em outro processo (autos n. 0004661-36.2005.8.2002) onde a mesma área fora avaliada; (II) *"a avaliação de fls 21/29 não é a avaliação atacada pelo Agravo de Instrumento, ela é precisamente a demonstração de que a avaliação atacada (em anexo)não verificou corretamente a área avaliada, infringindo assim os requisitos dos artigos 680 e 681 do Código de Processo Civil; (III) os documentos de fls. 21/29 demonstram o atendimento do artigo 683, I e III, de forma a determinar a realização de nova perícia; e (IV) os argumentos expendidos pelo senhor Relator estariam inteiramente corretos não fosse o engano quanto às avaliações, pois entendeu-se que a uma era a atacada quando se tratava daquela que demonstra o erro da avaliação efetivamente levada a efeito e impugnada pelo recurso"*.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do presente recurso para determinar a realização de nova perícia sobre o imóvel penhorado, nos termos do art. 683 do CPC ou, caso não seja este o entendimento, que se juntem aos autos os documentos em anexo e sejam remetidos à Primeira Câmara Cível para julgamento.

O relator, Des. João Maria Lós, e o 2º vogal, Juiz convocado Doutor Nélio Stábile, negaram provimento ao regimental.

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

O recurso, de fato, não merece provimento.

O cerne recursal cinge-se, como relatado, na insurgência do ora agravante quanto à avaliação do bem.

Ora, consoante dispõe o art. 683, do CPC[1], a repetição da avaliação do bem penhorado só ocorrerá quando qualquer das partes, fundamentadamente, demonstrar a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador ou, ainda, caso se verifique que, posteriormente à avaliação, houve majoração ou diminuição no valor do bem.

Compulsando os autos, contudo, evidencia-se que realmente não estão presentes nenhuma das condições que autorizam a realização da nova avaliação judicial pretendida.

No caso, o ora agravante não demonstra onde teria havido erro na avaliação realizada pelo oficial de justiça, porquanto se limita a debater o laudo confeccionado pelo meirinho do juízo.

Rememore-se, por oportuno, que o referido laudo tem fé pública.

Ademais, cumpre salientar que a legislação processual atribui ao oficial de justiça as funções de realizar a avaliação e penhora de bens, na condição de auxiliar da justiça. Sua postura é, até prova em contrário, imparcial. A implicação lógica disso é a presunção de que possui fé pública e capacidade técnica, nos termos do art. 143, V, do CPC[2].

1 *"Art. 683. Não se repetirá a avaliação, salvo quando:*
I - se provar erro ou dolo do avaliador;
II - se verificar, posteriormente à avaliação, que houve diminuição do valor dos bens;
III - houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem."

2 "Art. 143. Incumbe ao oficial de justiça:
(...)
V - efetuar avaliações".

Desse modo, não há, na espécie, como acolher a alegação do agravante, pois, como mencionado, da análise detida dos documentos trazidos à colação, a avaliação realizada pelo oficial de justiça obedeceu aos requisitos dos artigos 652, § 1º e 665, do CPC[3].

Nesse sentido, eis jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *Agravo de Instrumento. Execução. Avaliação. I. Desnecessária a indicação de assistente técnico e a formulação de quesitos na fase de avaliação do processo de execução. II.* ***Descabe nova avaliação do imóvel penhorado*** *quando a avaliação judicial foi realizada por engenheiro civil, profissional habilitado para tanto, o qual apresentou laudo baseado em critérios científicos e de pesquisa,* ***enquanto os agravantes-executados impugnam a avaliação com base em documento elaborado por corretor de imóveis, que atribuiu ao bem valor maior, mas sem qualquer esclarecimento técnico de como chegou a tal conclusão.*** *Agravo desprovido, à unanimidade.* [4] *(Grifei)*

Este é, também, o entendimento pacificado da jurisprudência desta Corte de Justiça:

> *E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – ALEGAÇÃO DE PENHORA REALIZADA EM BEM DE FAMÍLIA – AUSÊNCIA DE PROVA – AVALIAÇÃO DE IMÓVEL PENHORADO FEITA POR AVALIADOR JUDICIAL E OFICIAL DE JUSTIÇA – FÉ PÚBLICA – APRESENTAÇÃO DE LAUDO PARTICULAR COM VALOR MUITO SUPERIOR – NOVA AVALIAÇÃO – DESNECESSIDADE – AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> ***O fato de a parte apresentar avaliação de imóvel confeccionada por profissionais da área não serve para descaracterizar o laudo oficial levados aos autos, e realizado por servidor público designado para tanto,*** *que inclusive elaborou pesquisas junto ao setor de cadastro imobiliário do Município, Agência Fazendária e Corretores Autônomos para determinar o valor do imóvel.*[5] *(Grifei)*
>
> *E M E N T A–AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – REFORÇO DE PENHORA – NOVA AVALIAÇÃO – INDEFERIMENTO – AUSÊNCIA DE VÍCIOS – CONSTRIÇÃO SOBRE REPASSE DE VERBAS DO SUS AO HOSPITAL SANTA CASA – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Inexistindo provas nos autos da existência de vícios quanto à avaliação judicial, bem como de fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem penhorado, não se defere pedido de nova avaliação.*[6]

Ante o exposto, acompanho os ilustres pares e nego provimento ao recurso, mantendo intacta a decisão hostilizada.

---

3 "Art. 665. O auto de penhora conterá:
I - indicação do dia, mês, ano e lugar em que foi feita;
II - os nomes do credor e do devedor;
III - a descrição dos bens penhorados, com os seus característicos;
IV - a nomeação do depositário dos bens".

4 Ag 648724 - Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS- 4.8.2009.

5 Agravo - N. 2006.011737-2/0000-00 – Iguatemi. Relator - Exmo. Sr. Des. Rêmollo Letteriello -4ª Turma Cível. j. 3.10.2006.

6 Agravo - N. 2005.015529-0/0000-00 - Campo Grande. Relator-Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira. 1ª Turma Cível. j. 16.5.2006.

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. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 23 de julho de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4004145-70.2013.8.12.0000/50000 - Ponta Porã
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS – POSSIBILIDADE – EMBARGOS DO DEVEDOR – AÇÕES AUTÔNOMAS – AGRAVO NEGADO – DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO, DE PLANO, AO RECURSO – AGRAVO REGIMENTAL QUE NENHUM ELEMENTO NOVO TROUXE, QUE LEVASSE O RELATOR A SE RETRATAR DA DECISÃO PROLATADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Os embargos do devedor configuram-se como ação autônoma em relação à execução que os originaram, por esse motivo são cabíveis honorários advocatícios na execução.

Mantém-se decisão prolatada em recurso de agravo de instrumento, se no agravo regimental o recorrente nenhum elemento novo trouxe, que pudesse levar o relator a se retratar da decisão prolatada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de julho de 2013.

Des. João Maria Lós - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Trata-se de Agravo Regimental interposto por Estado de Mato Grosso do Sul em face da decisão de fls. 213-215 que negou seguimento ao agravo por ele interposto.

Argui que não merece guarida a condenação da Fazenda Estadual ao pagamento de honorários advocatícios no processo de execução.

Alega que a decisão agravada não manifestou-se a respeito da aplicação do princípio da causalidade no presente caso.

Argumenta que segundo o supracitado princípio, quem deu azo à propositura da demanda deve responder pelas despesas decorrentes e pelos honorários advocatícios.

Segue argumentando, que o agravante é estranho a relação jurídica que constituiu de forma equivocada a empresa executada.

Por fim, pugna pelo provimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator).

Trata-se de Agravo Regimental interposto por Estado de Mato Grosso do Sul em face da decisão de fls. 213-215 que negou seguimento ao agravo por ele interposto.

Eis o teor da decisão agravada:

> *"O presente recurso revela-se manifestamente improcedente, razão pela qual passo a analisá-lo por decisão monocrática, na forma caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, visando à instrumentalidade, celeridade e economia processuais, e em especial em atendimento à garantia fundamental da duração razoável do processo, inserido pela EC n. 45/04 no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.*
>
> *É cediço que é perfeitamente cabível a fixação dos honorários nos autos da execução, por constituir ação autônoma em relação aos embargos do devedor, conforme julgados abaixo:*
>
> *ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - AÇÃO EXECUTIVA - CUMULAÇÃO COM O VALOR FIXADO NOS EMBARGOS - POSSIBILIDADE - 1- Os embargos do devedor constituem verdadeira ação de conhecimento. Assim, mostra-se viável a cumulação dos honorários advocatícios fixados na ação de execução com aqueles arbitrados nos respectivos embargos do devedor. Precedentes. 2- O Tribunal de origem entendeu que os honorários fixados nos embargos à execução não substituem aqueles determinados na ação de execução, salvo no caso de acolhimento integral ou parcial dos embargos, com a consequente alteração do valor executado, hipótese em que os honorários são ajustados, ou compensados, na elaboração do cálculo final no processo de execução. (...) (STJ - AgRg-AI 1.397.293 - (2011/0019225-8) - 2ª T. - Rel. Min. Castro Meira - DJe 16.08.2011 - p. 428).*
>
> *PROCESSUAL CIVIL EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL EMBARGOS DO DEVEDOR AÇÃO AUTÔNOMA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CABIMENTO CPC, ART. 20, § 4º PRECEDENTES STJ Na execução fundada em título judicial são devidos os honorários advocatícios, ainda que não sejam opostos embargos. Sendo os embargos do devedor ação autônoma em relação ao processo de execução e havendo sucumbência, tem-se como legal a incidência dos honorários em ambos os processos. Inteligência do art. 20, § 4º do CPC. Recurso conhecido e provido." (STJ RESP 192002 RS 2ª T. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins DJU 18.12.2000 p. 00177).*
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE EXECUÇÃO EMBARGOS À EXECUÇÃO AÇÕES AUTÔNOMAS FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS NA AÇÃO DE EXECUÇÃO ART. 20, §§3° E 4°, DO CPC RECURSO PROVIDO.*
>
> *A ação de execução e os embargos à execução são ações autônomas com trabalhos diferentes, portanto, não exclui reciprocamente a verba honorária.*
>
> *São devidos honorários advocatícios tanto na execução como nos pertinentes embargos, tendo em vista a natureza distinta e autônoma dessas demandas.*
>
> *Os honorários advocatícios, na ação de execução, devem ser fixados de acordo com o art. 20, §§3° e 4°, do CPC." (Agravo - N. 2011.029685-6/0000-00; Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; Terceira Turma Cível; Julgamento: 22/11/2011).*
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA -HONORÁRIOS DO ADVOGADO DO CREDOR FIXADOS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO AUSÊNCIA DE*

FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS NA EXECUÇÃO COMUNICAÇÃO DE RECEBIMENTO DA DÍVIDA POR PARTE DO ADVOGADO DO CREDOR, QUE TERIA FEITO COMPOSIÇÃO COM O DEVEDOR NÃO FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS NA EXECUÇÃO PRESUNÇÃO DE INCLUSÃO DOS HONORÁRIOS NO ACORDO DE PAGAMENTO DA OBRIGAÇÃO RECURSO IMPROVIDO.

1. É possível a fixação de honorários advocatícios tanto na ação de execução quanto nos embargos à execução, por se tratar de processos autônomos, desde que a soma não ultrapasse o limite de 20% previsto no art. 20 § 3º do CPC." (Apelação Cível - Execução - N. 2011.036113- 9/0000-00; Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Quinta Turma Cível; Julgamento: 15/12/2011).

Destarte, não há dúvidas acerca do cabimento de honorários advocatícios em sede de execução.

Por tais razões, com fundamento no caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso."

Tomando conhecimento da súplica do agravante, tive oportunidade de novamente analisar as questões postas anteriormente no recurso de agravo, porém, não me convenci das razões deste regimental, razão pela qual mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Como o agravante não acresceu nada a este recurso, de modo que pudesse haver a retratação da decisão monocrática, não se visualiza razão para alterá-la, mormente porque não trouxe a recorrente nenhum argumento novo que pudesse ilidir a argumentação expendida na decisão guerreada, razão porque mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, 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. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

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

Campo Grande, 02 de julho de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4007437-63.2013.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – PURGAÇÃO DA MORA – PARCELAS VENCIDAS – VENDA ANTECIPADA OU REMOÇÃO DO BEM – NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO PACÍFICO DA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA – REGIMENTAL QUE NÃO TRAZ NENHUM ARGUMENTO DIVERSO DO EXPOSTO EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Consoante inteligência do Superior Tribunal de Justiça *"o montante da dívida cobrada, objeto da purgação da mora, deve compreender somente as prestações vencidas no momento do cálculo. Interpretação com base na antiga redação do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69"*. (RESP. 882.384/GO).

O credor fiduciário deve requerer autorização expressa do Juízo da demanda caso pretenda retirar o bem da Comarca ou realizar a sua venda antecipada extrajudicialmente, sob pena de ofensa flagrante às normas do artigo 5º, inciso LIV e inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Julgados desta e. Corte.

Mantém-se decisão prolatada em agravo de instrumento, se no agravo regimental o recorrente nenhum elemento novo trouxe, que pudesse levar o relator a se retratar da decisão prolatada.

Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de agosto de 2013.

Des. João Maria Lós - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

BV Financeira S/A Crédito, Financiamento e Investimento interpõe recurso de Agravo Regimental em face da decisão que, nos autos da ação de Busca e Apreensão que promove em face de Fernanda Cristina de Souza, em que este Relator manteve a decisão singular em que magistrado autorizou a devedora fiduciária, ora agravada, a purgar a mora mediante o pagamento das parcelas vencidas e concedeu a retirada ou a venda antecipada do bem da Comarca, em respeito ao Contraditório e a Ampla Defesa, apenas após

a citação da requerida, ora agravada, e após o decurso do prazo para purgação da mora, e ainda, assim, mediante autorização judicial.

Alega que a decisão deste Relator deve ser reformada, já que conforme entendimento do STJ, não há como purgar a mora com o depósito judicial apenas das parcelas vencidas, sendo este argumento fundado no art. 3º do Decreto Lei 911/69.

Sustenta que uma vez comprovada a inadimplência do devedor, a posse do bem deverá consolidar-se nas mãos do credor, salvo se o devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito no prazo de cinco dias, caso em que o bem será devolvido, livre de ônus.

Afirma ainda que *"em caso de inadimplemento por parte do devedor nos contratos garantidos por alienação fiduciária, ao credor assiste, havendo cláusula resolutória expressa no contrato e comprovando a mora do cliente, o direito de ajuizar ação Busca e Apreensão Fiduciária do bem alienado, requerendo a liminar de busca e apreensão do bem e apresentando como valor devido a integralidade do contrato correspondente as parcelas vencidas e vincendas e demais encargos judiciais e extrajudiciais"*.

Alega, outrossim, ser legal a venda e remoção do veículo objeto da ação *pois "o Decreto Lei 911/69 e o Código de Processo Civil não determinam o local onde o bem apreendido deverá ficar depositado, razão pela qual é o credor livre para indicar o nome daquele que assumirá o múnus e se encarregará de manter o veículo em local seguro e próprio"*.

Requer seja conhecido e provido o presente agravo regimental para reconhecer com a nova redação do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69 pela Lei n. 10.931/04, não há mais falar em purgação da mora, podendo o devedor, nos termos do respectivo § 2º, *"pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados – com a devida correção – pelo credor fiduciário na inicial"*.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator).

Trata-se de Agravo Regimental interposto por BV Financeira S/A Crédito, Financiamento e Investimento em face da decisão que, nos autos da ação de Busca e Apreensão que promove em face de Fernanda Cristina de Souza, em que este Relator manteve a decisão singular em que magistrado autorizou a devedora fiduciária, ora agravada, a purgar a mora mediante o pagamento das parcelas vencidas e concedeu a retirada ou a venda antecipada do bem da Comarca, em respeito ao Contraditório e a Ampla Defesa, apenas após a citação da requerida, ora agravada, e após o decurso do prazo para purgação da mora, e ainda, assim, mediante autorização judicial.

Alega que a decisão deste Relator deve ser reformada, já que conforme entendimento do STJ, não há como purgar a mora com o depósito judicial apenas das parcelas vencidas, sendo este argumento fundado no art. 3º do Decreto Lei 911/69.

Sustenta que uma vez comprovada a inadimplência do devedor, a posse do bem deverá consolidar-se nas mãos do credor, salvo se o devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito no prazo de cinco dias, caso em que o bem será devolvido, livre de ônus.

Afirma ainda que *"em caso de inadimplemento por parte do devedor nos contratos garantidos por alienação fiduciária, ao credor assiste, havendo cláusula resolutória expressa no contrato e comprovando a mora do cliente, o direito de ajuizar ação Busca e Apreensão Fiduciária do bem alienado, requerendo*

a liminar de busca e apreensão do bem e apresentando como valor devido a integralidade do contrato correspondente as parcelas vencidas e vincendas e demais encargos judiciais e extrajudiciais".

Alega, outrossim, ser legal a venda e remoção do veículo objeto da ação *pois "o Decreto Lei 911/69 e o Código de Processo Civil não determinam o local onde o bem apreendido deverá ficar depositado, razão pela qual é o credor livre para indicar o nome daquele que assumirá o múnus e se encarregará de manter o veículo em local seguro e próprio".*

Requer seja conhecido e provido o presente agravo regimental para o fim de reconhecer com a nova redação do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69 pela Lei n. 10.931/04, não há mais falar em purgação da mora, podendo o devedor, nos termos do respectivo § 2º, *"pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados – com a devida correção – pelo credor fiduciário na inicial".*

É o relatório. Passo à análise.

Através do presente recurso a parte agravante não apresentou razões diversas, senão àquelas expostas nas razões do agravo de instrumento, acrescentando apenas julgados desta E. Corte, cujas decisões são contrárias ao entendimento aqui adotado.

Portanto, as razões aduzidas pelo agravante são insuficientes portanto, a ensejar a reconsideração da decisão agravada. Assim, reporto-me aos mesmos fundamentos que culminaram no indeferimento do agravo de instrumento, adotando-os como razões de decidir, *in verbis:*

> *"O presente recurso revela-se manifestamente inadmissível, razão pela qual passo a analisá-lo por decisão monocrática, na forma caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, visando à instrumentalidade, celeridade e economia processuais, e em especial em atendimento à garantia fundamental da duração razoável do processo, inserido pela EC n. 45/04 no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.*
>
> *Tenho que o presente recurso não merece prosperar.*
>
> *Insurge-se o agravante contra a decisão que considerou como dívida pendente, apenas as parcelas vencidas e não pagas até a data do pagamento e não todas as prestações do contrato e ainda concedeu a retirada ou a venda antecipada do bem da Comarca, em respeito ao Contraditório e a Ampla Defesa, apenas após a citação da requerida, ora agravada, e após o decurso do prazo para purgação da mora, e ainda, assim, mediante autorização judicial.*
>
> *Em que pese os argumentos da agravante,* ***esta Corte de Justiça possui entendimento de que não há como admitir a limitação para purgação da mora à quitação integral do contrato, porquanto a expressão "integralidade da dívida pendente" a que se refere o artigo 3º, parágrafo 2º, do Decreto-Lei n. 911/691, com as alterações advindas da Lei n. 10.931/04, não é sinônimo de dívida total do contrato,*** *mas sim da dívida vencida até a data em que for purgada a mora.*
>
> *Mesmo com o advento da Lei 10.931/04, alterando significativamente o Decreto-Lei n. 911/69, o direito do devedor de purgar a mora, apenas pelo pagamento das prestações vencidas não foi revogado. É que se trata de um direito conferido ao devedor, visando obstar a rescisão contratual.*
>
> *A previsão legal existe, tanto no Código Civil – art. 401, I -, quanto no Código de Defesa do Consumidor (§ 2º do art. 54), que, como sabido, tem plena aplicação nos contratos de adesão, firmados com instituições financeiras.*

Trata-se de um direito do devedor, que tem a possibilidade de consertar a situação a que deu causa, evitando os efeitos que dela decorrem.

E ainda, pela redação dos parágrafos do artigo 3º, do Decreto-Lei n. 911/1969, dada pela Lei n. 10.931/2004, concedida a liminar e executada a medida com a apreensão do bem alienado, poderá o devedor-fiduciante, no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data da efetivação da liminar de busca e apreensão, pagar a dívida integral do débito inadimplido, hipótese em que terá a restituição do bem livre de qualquer ônus.

Em que pese a intenção do legislador ter sido no sentido de eliminar a possibilidade de pagamento apenas das prestações vencidas (e encargos moratórios), pretendendo, assim, o adimplemento integral da dívida (prestações vencidas e vincendas), há que se ressaltar que deve prevalecer o direito da devedora de purgar a mora apenas pelos valores das prestações vencidas, porquanto a emenda da mora decorre de outros dispositivos legais aos quais o aplicador do direito não pode deixar de recorrer quando tiver de garanti-la ao réu.

Portanto, não é lícito afirmar que a purgação da mora, nos casos de dívida oriunda de contrato de alienação fiduciária, só ocorre com o pagamento integral da dívida contratada (prestações vencidas e vincendas). Isto porque, a purgação da mora nos moldes pretendidos pelo recorrente retira a própria utilidade do instituto, tal como vem disciplinado no artigo 401, inciso I do novo Código Civil, que o admite como forma de evitar a ruptura do vínculo contratual. Restou assim disposto:

"Art. 401. Purga-se a mora:

I – por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta; (...)".

Constata-se, então, que a purgação da mora constitui no pagamento da prestação e mais da importância que corresponde aos prejuízos, ou seja, a devedora deve indenizar as perdas e danos suportados pelo credor. Adotada essa principiologia jurídico-social, não se pode quantificar a "dívida pendente" a que se refere o § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei n. 911/69 como sinônimo de dívida total do contrato, mas sim de dívida vencida até o dia da oferta de purgação da mora.

Assim, dívida pendente é a soma da prestação e do prejuízo. A prestação, sem sombra de dúvidas, é a vencida – não abrange a vincenda, ainda que haja cláusula contratual dispondo sobre o vencimento antecipado das prestações em caso de inadimplência. Ora, a imposição de uma obrigação com tal conteúdo é excessivamente onerosa para a devedora e restringe seus direitos e pretensões na qualidade de consumidora, rompendo com o equilíbrio contratual tão visado hodiernamente. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – ***PURGAÇÃO DA MORA*** *– AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO –* ***POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DAS PARCELAS VENCIDAS – ADMISSIBILIDADE*** *– DÍVIDA PENDENTE – PROPRIEDADE E POSSE PLENA – MESMAS ARGUMENTAÇÕES TECIDAS NA APELAÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.*

Para fins de purgação da mora, o devedor deve depositar o valor devido e vencido até a data do depósito*, não devendo ser incluídas as parcelas vincendas, mesmo após o advento da Lei n. 10.931/04, porquanto a expressão "dívida pendente", não é sinônimo de dívida total do contrato, mas somente do débito vencido até a data da purgação da mora.*

Não se pode admitir que seja consolidada a propriedade e a posse plena do credor fiduciário sobre o bem, sem que tenha decorrido o prazo para que o devedor purgue a mora, contados de sua citação, no valor das prestações efetivamente devidas.

Se o agravante limita-se a expender, em sede de agravo, os mesmos argumentos utilizados por ocasião de seu recurso, não logrando demonstrar erro ou injustiça da decisão, é de se improver o regimental." (TJ-MS: Agravo Regimental em Apelação Cível - Lei Especial - N. 2010.024251-3/0001-00, 2ª Câmara Cível, Julgamento: 24/04/2012).

"APELAÇÃO CÍVIL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO ***– PURGAÇÃO DA MORA – DEPÓSITO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS ACRESCIDAS DOS ENCARGOS DECORRENTES DA MORA*** *– EMENTA DA MORA REALIZADA – FALTA DE INTERESSE DE AGIR SUPERVENIENTE – EXTINÇÃO DO PROCESSO EM EXAME DE MÉRITO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1.Se os elementos dos autos demonstram que a devedora procedeu ao pagamento de sua dívida, fica evidenciado o perecimento do objeto da tutela pretendida na ação de busca e apreensão e, por conseguinte, a falta de interesse de agir superveniente da instituição financeira, nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil.*

2. ***A purgação da mora nos casos de ação de busca e apreensão deve considerar somente o valor das prestações efetivamente devidas****, sendo que a expressão dívida pedente a que se refere o §2° do artigo 3° do Decreto- Lei n.° 911/69 não é sinônimo de dívida total do contrato, mas sim de dívida vencida até a purgação da mora." (TJMS; Apelação Cível n.° 2007.002651-7; Órgão Julgador: Terceira Turma Cível; Relator: Desembargador Osvaldo Rodrigues de Melo; Julgado em 11.04.2007).*

"AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. PURGAÇÃO DA MORA DEPÓSITO APENAS DAS PARCELAS VENCIDAS. LEGALIDADE. PEDIDO DE REVISÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE. CLÁUSULAS ABUSIVAS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RESTITUIÇÃO NA FORMA SIMPLES ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. ***Consoante inteligência do Superior Tribunal de Justiça "o montante da dívida cobrada, objeto da purgação da mora, deve compreender somente as prestações vencidas no momento do cálculo. Interpretação com base na antiga redação do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69". (RESP. 882.384/GO)*** *A devolução de valores resultantes de cláusulas contratuais mais tarde declaradas nulas em sede judicial devem ser devolvidas de forma simples, e não em dobro, uma vez que esta pressupõe a comprovação de má-fé da instituição financeira. Com base no princípio da causalidade, a parte inadimplente que der causa ao ajuizamento, pela instituição financeira, de ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, deve responder pelo pagamento dos ônus sucumbenciais, por não se tratar a revisão das cláusulas do contrato, de uma nova ação ou reconvenção. Quanto ao prequestionamento, não é obrigatório ao julgador manifestar-se especificamente sobre cada um dos dispositivos legais citados pelas partes, mormente em razão do brocardo da mihi factum, dabo tibi ius. (TJMS; AgRg-AC-LEsp 2011.036909-4/0001-00; Naviraí; Primeira Câmara cível; Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran; DJEMS 16/02/2012; Pág. 33).*

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – PRELIMINAR – NÃO-CABIMENTO DO RECURSO – AFASTADA – MÉRITO – PURGAÇÃO DA MORA – DEPÓSITO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS ACRESCIDAS DOS ENCARGOS DECORRENTES DA MORA – EMENDA DA MORA REALIZADA APÓS O DECURSO DO PRAZO FIXADO PELO MAGISTRADO – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE LESÃO GRAVE AO RECORRENTE – RECURSO NÃO PROVIDO. (...) A purgação da mora nos casos de ação de busca e apreensão, na nova sistemática jurídico-

processual, deve considerar somente o valor das prestações efetivamente devidas, sendo que a expressão "dívida pendente" a que se refere o § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei n. 911/69 como sinônimo de dívida total do contrato, mas, sim, de dívida vencida até o dia da oferta de purgação da mora. (...) Recurso conhecido e não provido" (TJMS; Agravo de Instrumento n. 2006.012851-9; Órgão Julgador: Terceira Turma Cível; Relator: Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo; Julgado em 18.12.2006).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – DECISÃO QUE PERMITIU A PURGAÇÃO DA MORA PELO DEVEDOR COM O PAGAMENTO DAS PARCELAS VENCIDAS – INTERPRETAÇÃO QUE DEVE SER DADA AO § 2º DO ART. 2º DO DECRETO LEI N. 911/69 CONFORME O SISTEMA QUE REGE O DIREITO OBRIGACIONAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Não obstante a intenção do legislador de permitir a retomada do bem pelo devedor tão somente com o pagamento da integralidade da dívida contratada, deve ser possibilitada pelo julgador a purgação da mora através do pagamento das parcelas vencidas, uma vez que é interpretação que melhor se coaduna com as regras e princípios que regem a matéria e que formam um sistema de Direito Civil, tais como o art. 395, § 1º, do Código Civil e o princípio da conservação dos contratos, previsto no art. 479 do mesmo diploma legal. Recurso conhecido, mas improvido" (TJMS; Agravo de Instrumento n. 2009.020858-6; Órgão Julgador: Quarta Turma Cível; Relator: Desembargador Dorival Renato Pavan; julgado em 27.10.2009).

Dessa maneira, revela-se plenamente possível a purgação da mora mediante o pagamento das parcelas vencidas e encargos moratórios até a data do depósito.

De igual modo, a decisão agravada não merece reforma no que se refere à necessidade de prévia autorização judicial para venda antecipada ou remoção do veículo apreendido.

Isso porque seriam ofendidos os princípios do contraditório e do devido processo legal, caso a consolidação da propriedade e da posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário ocorressem antes da oportunização do direito de defesa ao réu. A propósito, é firme o posicionamento desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – LIMINAR CONCEDIDA – VULNERABILIDADE LEGAL DO DISPOSTO NO §1º E NO §2º, DO ARTIGO 3º, DO DECRETO 911/69 – VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL; CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – IMPOSSIBILIDADE DE RETIRADA DO BEM DA COMARCA OU VENDA ANTECIPADA SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO JUÍZO – PURGAÇÃO DA MORA – PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCEDAS ATÉ ENTREGA DO BEM FIDUCIÁRIO – DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO – ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC – MANTIDA – REGIMENTAL DESPROVIDO.

Caso o credor fiduciário pretenda retirar o bem da comarca ou realizar a venda antecipada, deverá requerer expressa autorização do juízo, sob pena de ofensa aos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal.

À purgação da mora deve ser efetuada pelo débito existente até a elaboração da conta, não podendo ser incluídas as parcelas futuras, cujos vencimentos seriam antecipados caso a mora não fosse purgada.

O artigo 557, caput do CPC instituiu a possibilidade de, por decisão monocrática, o relator negar provimento a recurso quando manifestamente improcedente."

(TJ-MS: Agravo Regimental em Agravo n. 2011.023482-5/0001-00, 5ª Turma Cível, Julgamento em 24/08/2011).

Portanto, caso a agravante pretenda retirar o bem da comarca ou realizar a venda antecipada do veículo, deverá requerer expressa autorização ao juízo, sob pena de ofensa aos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Vale dizer, também, que a aplicação dos princípios de solução de conflito aparente de normas, no caso sub judice, torna-se inócua ante a existência de discussão envolvendo a própria constitucionalidade da Lei n. 10.931/2004.

Assim, deve ser resguardado o direito à propriedade, ao contraditório e à ampla defesa da parte devedora, devendo o bem alienado não ser retirado do território da comarca sem a prévia autorização judicial.

Portanto, outro remédio não há que não o de manter a decisão pelos seus próprios fundamentos.

No caso em apreço, entendo que o presente recurso de agravo não merece ser provido, mantendo-se a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Por tais razões, com fundamento no caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, nego provimento ao agravo".

Com efeito, não vislumbrando razões para modificar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a com supedâneo no não preenchimento dos requisitos cumulativos exigidos para a concessão da tutela antecipada.

Em razão do exposto, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Hildebrando Coelho Neto e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 13 de agosto de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0138574-49.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO, REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO – SEGURO HABITACIONAL – FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO – MORTE DO MUTUÁRIO – CANCELAMENTO DO SEGURO – NECESSIDADE DE INTERPELAÇÃO FORMAL DO SEGURADO – QUITAÇÃO DO CONTRATO – MULTA APLICADA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AFASTADA – PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO.

Embora exista previsão, em contrato de financiamento de imóvel, de que a vendedora poderia cancelar o seguro no caso de inadimplência dos compradores, afasta-se a possibilidade de se fazer o cancelamento automático, uma vez que é necessária a interpelação formal do segurado a fim de lhe possibilitar a purgação da mora antes do cancelamento. A exigência de notificação prévia do segurado não tem por finalidade premiar o consumidor inadimplente, mas evitar a prática abusiva por fornecedores de serviços que, comprovadamente, ocupam posição mais vantajosa nas relações contratuais de que participam. *"Não se nega a possibilidade de rescisão do contrato de seguro em caso de falta de pagamento; todavia é necessária a interpelação formal do segurado para o fim de possibilitar-lhe purgar a mora antes do cancelamento."* (TJSC; AC 2010.070485-5; Rel. Des. Fernando Carioni; Julg. 22.11.2010).

Afasta-se a aplicação da multa de 1% sobre o valor da causa se, embora não haja motivo para acolher os embargos de declaração interpostos em face da sentença, tampouco se evidencia qualquer intenção protelatória, mormente quando se tem em conta que foram interpostos pelas próprias autoras, cujo interesse é, sem dúvida, de que o processo tenha fim o mais rapidamente possível, com o acolhimento de suas pretensões iniciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 9 de julho de 2013.

Des. Josué de Oliveira – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

Haspa Habitação São Paulo Imobiliária S.A. e Larcky Sociedade de Crédito Imobiliário S.A., na ação de rescisão contratual, reintegração de posse e indenização referente ao imóvel sito na Rua Bariqui, n. 107, quadra 06, lote 17, Conjunto Residencial Novo Paraná, na cidade de Campo Grande, MS, que promovem em face de Bento Rosa da Silva e Izolina Rosa da Silva, apelam (f. 203-209) contra a sentença (f. 184-188), integrada com a solução (f. 200) dos respectivos embargos de declaração, que, em virtude

do óbito do Sr. Bento Rosa da Silva, que assumiu integralmente o pagamento das prestações contratuais, considerou quitado o contrato pelo seguro prestamista, nos termos da cláusula 11ª do contrato de f. 14-27, e julgou improcedente o pedido.

Alegam que a recusa da quitação do contrato foi expressa e justificada, o que ocasionou o cancelamento da cláusula 11.1 do contrato.

Aduzem que, no momento do falecimento do Sr. Bento Rosa da Silva, o contrato estava com atraso de mais de 12 (doze) meses, e as parcelas atrasadas, em número de 13 (treze) foram pagas pelos herdeiros de uma só vez 35 (trinta e cinco) dias após o óbito, tendo eles efetuado ainda o pagamento de mais 2 (dois) meses do financiamento, referentes a junho e julho de 2006, de sorte que o novo período de inadimplência, em virtude do qual foi proposta a presente ação, teve início apenas em agosto de 2006.

Asseveram que, apesar de o presente contrato cobrar período posterior ao evento morte, a causa da não quitação foi a inadimplência permanente no momento do falecimento do contratante.

Insurgem-se contra a decisão que, entendendo serem de caráter protelatório os embargos de declaração, as condenou a pagar multa em favor dos embargados.

Requerem seja reformada a sentença, a fim de se determinar a rescisão contratual, a consequente reintegração de posse, a condenação dos apelados ao pagamento da taxa de fruição e demais despesas, e a desconsideração da multa de 1% em virtude da interposição dos embargos de declaração.

O prazo para apresentar contrarrazões transcorreu *in albis* (f. 217).

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator).

Larcky Sociedade de Crédito Imobiliário S.A., na qualidade de promitente vendedora, e Haspa Habitação São Paulo Imobiliária S.A., na qualidade de interveniente, ajuizaram a presente ação de rescisão contratual, reintegração de posse e indenização em face de Bento Rosa da Silva e Izolina Rosa da Silva, referente ao imóvel sito na Rua Bariqui, n. 107, quadra 06, lote 17, Conjunto Residencial Novo Paraná, na cidade de Campo Grande, MS.

Alegaram que: **a)** em 26.10.1996, os réus adquiriram da autora o imóvel litigioso, com financiamento direto e mediante as condições previstas no respectivo instrumento particular de promessa de compra e venda; **b)** entretanto, os réus não cumpriram o pagamento parcelado do preço e, em virtude do inadimplemento, foram notificados extrajudicialmente para providenciar o pagamento das prestações em atraso, devidamente atualizadas; **c)** entretanto, os requeridos permaneceram inertes, ficando, por isso, constituídos em mora; **d)** a cláusula 9.7, "a", do contrato autoriza o pedido de rescisão do contrato, enquanto a cláusula 10.2 autoriza o pedido de reintegração do imóvel litigioso e a cláusula 10.3, o de indenização de 1% sobre o valor contratual por mês de ocupação, a título de perdas e danos.

Requereram o julgamento de procedência dos pedidos, a fim de: **a)** ser decretada a rescisão do instrumento particular de promessa de compra e venda em referência; **b)** ser a autora reintegrada na posse do imóvel objeto da lide; **c)** serem os réus condenados a indenizar a autora em perdas e danos, à razão de 1% (um por cento) sobre o valor contratual devidamente corrigido do imóvel por mês de ocupação, bem como as despesas decorrentes da celebração do contrato, os danos porventura causados ao imóvel, impostos e condomínios em atraso, estes a serem apurados em liquidação de sentença; **d)** condenar os réus ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.

A Sra. Izolina Rosa da Silva foi citada pessoalmente, enquanto o Sr. Bento Rosa da Silva deixou de ser citado em virtude de seu falecimento (f. 43).

A requerida contestou (p. 51-75), suscitando preliminar de inépcia do pedido relativo à indenização por perdas e danos, pois não teria especificado sua extensão, violando, assim, o disposto no artigo 282, III e IV, do Código de Processo Civil.

No mérito, sustentou que os pedidos de rescisão do contrato e de reintegração de posse não merecem provimento, pois: **a)** a requerida e seus filhos, herdeiros do réu falecido, formularam às autoras pedido de quitação antecipada do contrato em tela, em função do contrato de seguro prestamista conforme consta da cláusula 11 do contrato, mas esse direito lhes foi negado com base na cláusula 11.5, sob o argumento de que não faziam jus à quitação porque estavam inadimplentes com o pagamento das parcelas convencionadas; **b)** no entanto, para que referida cláusula pudesse ser validada, teria que haver um pedido de cancelamento judicial do seguro, pois o contrato em tela possui cunho adesivo e coloca o consumidor em desvantagem excessiva perante o fornecedor; **c)** a posição contratual das autoras levou ao descumprimento de diversas normas cogentes previstas no Código de Defesa do Consumidor, entre as quais se destacam os artigos 46, 47, 51, § 1º, III, e 54, §§ 3º e 4º; **d)** o efeito de tal descumprimento é a ineficácia; **e)** realizada a plena verificação das nulidades contratuais, alterando as condições do negócio jurídico, amortizando-se ao pagamentos realizados, demonstrando as autoras o porquê dos valores cobrados e o porquê do próprio contrato, chegar-se-á à conclusão de que não existe débito algum e que o contrato em análise é fruto da má-fé das autoras.

Acrescentou que, caso se entenda que o contrato não deve ser quitado, e para as autoras serem reintegradas na posse do imóvel, deverão elas ressarcir à requerida todos os valores desembolsados a título de pagamento das prestações, incluindo o sinal, com suas devidas correções e demais cominações, além de indenizá-la por todas as benfeitorias úteis e necessárias feitas no imóvel.

Bateu-se pelo julgamento de improcedência dos pedidos iniciais ou pelo reconhecimento de seus supostos direitos de restituição de valores e indenização por benfeitorias.

Após a segunda autora apresentar impugnação à contestação (p. 88-104), foi determinada a retificação da autuação e registro do feito para incluir no polo passivo os herdeiros Claudinei Rosa da Silva, Cláudia Rosa da Silva e Mirian Rosa da Silva (p.110), os quais, devidamente citados (p. 123-125 e 131-132 e 141-142), também ofereceram contestação (p.144-160), com os mesmos argumentos preliminar e de mérito apresentados pela viúva, também impugnados pela segunda autora (p.164-171).

A tentativa de conciliação restou infrutífera (p. 176 e 179).

A seguir, foi proferida a sentença, ora apelada, na qual a preliminar de inépcia da inicial foi rejeitada, uma vez que os pedidos formulados pelas autoras têm como causa de pedir a rescisão do contrato fundada em inadimplência, matéria de mérito a ser oportunamente analisada.

Na análise do mérito, o magistrado expôs e decidiu o seguinte:

> *"A relação jurídica de direito material entre as partes é de consumo, o que impõe a análise da questão à luz dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor – CDC.*
>
> *A rescisão do contrato por motivo de inadimplência do consumidor é medida juridicamente cabível, pois a hipossuficiência econômica não pode lhe servir de guarida para não suportar as consequências ínsitas ao inadimplemento.*

As regras de proteção ao consumidor têm por escopo estabelecer o equilíbrio contratual quando verificada a existência de cláusulas contratuais abusivas que lhe impõe uma situação de excessiva desvantagem.

Esse é o contraponto que se estabelece, pois se é verdade que a promitente vendedora tem o direito de resolver o contrato em razão da inadimplência do consumidor, também é verdadeiro que a este assistem direitos correspondentes a sua situação de hipossuficiência, a fim de resguardá-lo de eventuais abusividades que permeiam as cláusulas contratuais.

De acordo com a cláusula 11ª do termo contratual, os réus aderiram a uma apólice de seguro estipulada pela autora para cobertura do saldo devedor atualizado em caso de morte, invalidez total por acidente ou doença dos compradores, durante a vigência do contrato.

E no item 3 da referida cláusula está previsto que, verbis:

"Se, na aquisição do imóvel houver a participação de mais de um(a) COMPRADOR(A), considerando-se nesta hipótese a participação de cada um(a) na composição da renda, ocorrendo o sinistro, o seguro responderá somente pelo percentual correspondente ao(s) COMPRADOR(A/ES) sinistrado(a/s), permanecendo (a/s) outro (a/s) COMPRADOR (A/ES) responsável (eis) pelo saldo remanescente, na proporção de sua participação. Grifo.

Infere-se claramente da cláusula em análise que a pluralidade de compradores é aferida pela participação financeira de cada um no pagamento das parcelas do contrato. Em sendo esse o caso, na morte de um dos compradores, o seguro prestará cobertura na proporção do saldo remanescente do comprador que veio a óbito.

Na espécie, a autora firmou contrato de promessa de compra e venda com Bento Rosa da Silva e Izolina Rosa da Silva, estes casados, conforme prova certidão de f. 77.

E de acordo com a cláusula 17 do quadro resumo (f. 25), o senhor Bento Rosa da Silva, na qualidade de comprador, assumiu participação no pagamento das parcelas na proporção de 100%, ou seja, integralmente.

A senhora Izolina, por consequência, e a teor do que consta expressamente da referida cláusula, assumiu participação de 0%.

Essa situação que exsurge expressamente do próprio termo contratual e, portanto, prescinde de maiores esforços interpretativos, evidencia que embora ambos os cônjuges figurem como compradores do imóvel, apenas um deles, qual seja, o senhor Bento Rosa da Silva, assumiu total responsabilidade pelo pagamento das prestações.

E justamente o senhor Bento veio a óbito, em abril de 2006, conforme prova a certidão de f. 81.

No entanto, a autora sustenta que o contrato não pode ser quitado pelo seguro, em razão do estado de inadimplência dos réus, com amparo na cláusula 11.5, que assim dispõe:

Caso o (a/s) COMPRADOR (A/ES) venha(m) a tornar-se inadimplente (s), ou seja, venha (m) a ficar com prestações em atraso, a VENDEDORA poderá cancelar o seguro de que trata a presente, portanto, nesta hipótese, o(a/s) COMPRADOR (A/ES), não terá (ão) seu saldo devedor quitado, nos termos do disposto na cláusula 11.1 supra. Grifo

Duas vertentes devem ser analisadas a respeito dessa cláusula.

A primeira é o fato de nela haver menção acerca da possibilidade de a promitente vendedora cancelar o seguro contratado. Ou seja, ela poderia ou não exercer a liberalidade contida na cláusula 11.5, já que a inadimplência do consumidor não afasta automaticamente a cobertura do seguro prestamista.

Essa é a interpretação que se deve fazer, por ser mais benéfica ao consumidor, nos termos do art. 47 do CDC (As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor).

A par disso, a autora, em réplica, não diz que o seguro foi cancelado, limitando-se a defender que "existe uma cláusula que determina que o seguro sé será devidamente pago quando não existir inadimplência (...)".

Entretanto, como já mencionado, pela cláusula contratual, a inadimplência não acarretaria o cancelamento automático do seguro, de maneira que a autora deveria provar que exerceu a liberalidade de cancelar o contrato securitário, o que não fez.

Tem-se, assim, como vigente o seguro prestamista contratado.

A segunda, consistente no fato de que os réus estão, supostamente, inadimplentes desde agosto de 2006 (f. 31), ou seja, após quatro meses o falecimento do senhor Bento Rosa da Silva, ocorrido em abril de 2006 (f. 81).

Como já mencionado, o senhor Bento assumiu na proporção de 100% o pagamento das prestações do contrato, vindo a óbito sem estar inadimplente para com a autora.

E ainda que existissem débitos, esse fato não afasta a quitação do contrato pelo seguro prestamista, conforme já mencionado.

Vê-se, portanto, que o pagamento pleiteado pela autora é inexigível, porquanto se saldo devedor existe, este deve ser objeto de cobertura pelo seguro prestamista.

Assim, sobrevindo o óbito do senhor Bento Rosa da Silva, que assumiu integralmente o pagamento das prestações contratuais, aplica-se de pleno direito a cláusula 11.1 que dispõe acerca da quitação do contrato pelo seguro contratado.

Pelo exposto, em razão da quitação do contrato pelo seguro prestamista, nos termos da cláusula 11ª do termo contratual de f.14/27, julgo IMPROCEDENTE o pedido."

Pois bem.

De acordo com a cláusula 17 do quadro resumo (f. 25) do contrato em litígio, o Sr. Bento Rosa da Silva, na qualidade de comprador, assumiu participação no pagamento das parcelas na proporção de 100%, ou seja, integral.

Com o seu falecimento, ocorrido no dia 16 de abril de 2006 (p. 81), a viúva, Sra. Izolda Rosa da Silva, requereu a quitação do saldo devedor, mas foi informada, no dia 12 de maio de 2006 (p. 83), de que, na data do falecimento, estavam inadimplidas as prestações referentes aos meses de maio de 2005 a março de 2006, razão pela qual ficou prejudicado o pedido, devendo ela dar continuidade ao pagamento das prestações, até a quitação total do saldo devedor.

Restou incontroverso nos autos que o negócio jurídico celebrado entre as partes submete-se à normatização consumerista.

Nesse contexto, verifica-se que a cláusula 11ª do contrato estabelece o seguinte, no que interessa para este julgamento:

> *"CLÁUSULA 11ª – DO SEGURO.*
>
> *11.1 – O(A/S) COMPRADOR(A/ES) aceita(m) e adere(m), neste ato a APÓLICE DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO, da qual a VENDEDORA é estipulante, visando a cobertura do saldo devedor atualizado,* ***em caso de morte, invalidez total por acidente ou doença do(a/s) COMPRADOR(A/ES)****, durante a vigência do presente instrumento de Promessa de Venda e Compra.*
>
> *(...)*
>
> *11.3 – Se, na aquisição do imóvel houve a participação de mais de um(a) COMPRADOR9A), considerando-se, nesta hipótese, a participação de cada um(a) na composição da renda, ocorrendo do sinistro, o seguro responderá somente pelo percentual correspondente ao(s) COMPRADOR(A/ES) sinistrado(a/s), permanecendo o(a/s) outro(a/s) COMPRADOR(A/ES) responsável(eis) pelo saldo remanescente, na proporção de sua participação.*
>
> *(...)*
>
> *11.5 – Caso o(a/s) COMPRADOR(A/ES) venham(m) a tornar-se inadimplente(s), ou seja, venha(m) a ficar com prestações em atraso, a VENDEDORA poderá cancelar o seguro de que trata a presente, portanto, nesta hipótese, o(a/s) COMPRADOR(A/ES), não terá(ão) seu saldo devedor quitado, nos termos do disposto na cláusula 11.1 supra.*
>
> *(...)".*

Não obstante exista previsão contratual de que a vendedora/apelante poderia cancelar o seguro no caso de inadimplência dos compradores/apelados, a jurisprudência tem afastado a possibilidade de se fazer o cancelamento automático, considerando que, em tal hipótese, haveria prática abusiva da vendedora em desfavor dos compradores, qualificados como consumidores numa posição que se revela evidentemente desvantajosa no contrato de adesão celebrado entre as partes.

Por conseguinte, para fazer valer o cancelamento do contrato de seguro, conforme previsto na cláusula 11ª da avença, era imprescindível que a venderora/apelante houvesse constituído regularmente os requeridos/apelados, conforme se depreende dos seguintes julgados dos Tribunais de Justiça de São Paulo e de Santa Catarina:[1]

> *"SEGURO HABITACIONAL. FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. MORTE DO MUTUÁRIO. QUITAÇÃO DO CONTRATO QUE NÃO ABRANGE A INADIMPLÊNCIA ANTERIOR AO ÓBITO. NECESSIDADE, CONTUDO, DA REGULAR CONSTITUIÇÃO EM MORA DOS REQUERIDOS. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO NOS TERMOS DO ART. 267, IV, CPC. Improcedência da reconvenção uma vez a inadimplência não autoriza a postulada outorga de escritura. Recurso parcialmente provido." (TJSP; AC 576.528.4/0; Ac. 3292526; Ribeirão Preto; Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Maia da Cunha; Julg. 09/10/2008; DJESP 15/01/2009. Destaquei.).*
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONSÓRCIO. AQUISIÇÃO DE BEM IMÓVEL. Adesão a contrato de seguro habitacional na modalidade "venda-casada". Morte do consorciado. Pedido de quitação do saldo devedor. Recusa da*

1 Disponíveis em: < https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn= main-hit-j.htm&2.0 >. Visitado em: 25.6.2013.

> *seguradora em indenizar. Alegada inadimplência de parcelas. Cancelamento automático do seguro. Cláusula contratual nula. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Interpelação formal. Quitação devida. Precedentes jurisprudenciais. Sentença mantida. Recurso desprovido. Os contratos de seguro, por haver uma relação de consumo entre o segurado e a seguradora, são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor. A cláusula que prevê o cancelamento automático do contrato de seguro em caso de inadimplemento, sem a prova da notificação prévia do segurado, é nula de pleno direito. Assim procedendo, não está o judiciário premiando o consumidor inadimplente, mas evitando a prática abusiva por fornecedores de serviços sabidamente ocupantes de posição mais vantajosa nas relações contratuais de que fazem parte. Não se nega a possibilidade de rescisão do contrato de seguro em caso de falta de pagamento; todavia é necessária a interpelação formal do segurado para o fim de possibilitar-lhe purgar a mora antes do cancelamento." (TJSC; AC 2010.070485-5; Capital / Estreito; Rel. Des. Fernando Carioni; Julg. 22/11/2010; DJSC 06/12/2010; Pág. 114. Destaquei.).*

Enfatize-se, por oportuno, que a exigência de notificação prévia do segurado não tem por finalidade premiar o consumidor inadimplente, mas evitar a prática abusiva por fornecedores de serviços que, comprovadamente, ocupam posição mais vantajosa nas relações contratuais de que participam.

No caso em litígio, somente após receber o comunicado do óbito do Sr. Bento Rosa da Silva, a vendedora se manifestou a respeito da inadimplência das prestações de maio de 2005 a março de 2006, a fim de negar a quitação do saldo devedor.

Logo, sua negativa encontra-se em desarmonia com o entendimento jurisprudencial mencionado.

Certamente, não se lhe recusa o direito de receber os valores inadimplentes na época do óbito, pois a quitação do débito deve ocorrer apenas a partir da data do falecimento, como se infere do seguinte julgado:

> *"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO HABITACIONAL. QUITAÇÃO POR MORTE DO MUTUÁRIO. QUESTÃO CINGE-SE EM RELAÇÃO AO DÉBITO ANTERIOR AO SINISTRO. Recurso da autora- apelante que por maioria de votos deram parcial provido para que seja dada quitação também ao percentual de 50% do mutuário falecido, quanto ao débito anterior ao evento morte. Voto vencido entendendo que a liquidação do saldo fica condicionada à quitação do débito anterior. O sinistro ocorreu na vigência do financiamento. Morte do mutuário tem, de fato, a força jurídica de quitar a obrigação pecuniária que se venceria a partir de seu falecimento. Existência de direito material do agente financeiro contra o eventual inadimplemento. Por força do seguro habitacional, a quitação do débito deve ocorrer a partir do óbito. Irretroatividade dos efeitos para levar à quitação do período de inadimplência antecedente ao falecimento do mutuário." (TJSP; EI 469.292.4/9-01; Ac. 3478016; Tupi Paulista; Oitava Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Ribeiro da Silva; Julg. 11/02/2009; DJESP 16/03/2009. Destaquei.).*

No caso em apreço, a quitação do débito anterior ao falecimento está comprovada pelo recibo de f. 84, referente ao pagamento, feito no dia 29 de maio de 2006, das prestações de maio de 2005 a maio de 2006 e, segundo as próprias autoras/apelantes informam, também foram pagas as prestações de junho e julho de 2006.

De acordo com as apelantes, a presente ação de rescisão de contrato foi proposta porque, a partir de agosto de 2006, as prestações mais uma vez restaram inadimplidas (p. 28), até que, em agosto de 2007, a segunda autora promoveu a notificação extrajudicial da viúva, a fim de que viesse renegociar a dívida, sob pena de rescisão do contrato (p. 29), tendo a compradora permanecido inerte.

Todavia, conforme ficou exposto, há de ser reconhecido aos requeridos o direito à quitação do débito na data de falecimento do primeiro contratante, de sorte que inexiste o suposto inadimplemento das prestações a partir de agosto de 2006.

Logo, não há fundamento jurídico para modificar a sentença combatida.

Entretanto, no tocante à multa aplicada na solução dos embargos de declaração, por terem sido considerados meramente protelatórios, penso que cabe razão às apelantes.

Com efeito, não se encontram motivos para acolher referidos embargos, mas tampouco se evidencia qualquer intenção protelatória, mormente quando se tem em conta que foram interpostos pelas próprias autoras, cujo interesse é, sem dúvida, de que o processo tenha fim o mais rapidamente possível, com o acolhimento de suas pretensões iniciais.

Portanto, é o caso de reformar o correspondente capítulo da sentença.

Por oportuno, deve ser lembrado que o julgador não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, razão pela qual incide, no caso, o brocardo *da mihi factum dabo tibi jus*.

Nesse sentido, aliás, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

> *"Não há falar em violação aos arts. 128 e 535 do CPC, quando o acórdão recorrido decidiu todas as questões pertinentes, embora não da forma almejada pelo recorrente. Outrossim,, o julgador não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, uma vez que ao qualificar os fatos trazidos ao seu conhecimento, não fica adstrito ao fundamento legal invocado ("jura novit curia" e "da mihi factum dabo tibi jus")."*[2]

Além disso, a *"ausência de indicação expressa dos dispositivos legais tidos por omitidos do acórdão recorrido não consubstancia hipótese de cabimento dos aclaratórios, desde que a decisão esteja adequada e suficientemente fundamentada para o deslinde da controvérsia"*,[3] como ocorre no caso em apreço.

Ainda que assim não fosse, impende notar que, se o órgão julgador encontrou motivo suficiente para fundamentar sua decisão, não há necessidade de mencionar especificamente que as razões contrárias ficam rejeitadas.

Em precedente análogo examinado por esta Corte, ficou decidido que:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.*
>
> *Encontrado, na tese defendida pelo recorrente, motivo suficiente para fundamentar a decisão, é desnecessário mencionar especificamente que as razões contrárias ficam rejeitadas. Assim, não se pode afirmar que o acórdão omitiu ponto sobre que devia se pronunciar." (ED n. 41.694-8/01).*

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial, apenas para afastar a multa de 1% sobre o valor da causa, aplicada por conta dos embargos de declaração.

2 STJ, REsp. 191.080/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 01/12/2008.

3 STJ, REsp. 1234212/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Josué de Oliveira, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 09 de julho de 2013.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4005434-38.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO ADMINISTRATIVO – CASSAÇÃO DA CNH POR INFRAÇÃO COMETIDA DURANTE O PERÍODO PROBATÓRIO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

A Carteira Nacional da Habilitação (CNH) somente será conferida ao condutor portador de Permissão para Dirigir se, durante o período probatório, não tiver cometido nenhuma infração de natureza grave ou gravíssima, e, ainda que tenha sido concedida, pode ser cassada posteriormente, mediante o devido processo administrativo, em decorrência de infração de natureza grave ou gravíssima cometida durante o período probatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 19 de agosto de 2013.

Des. Josué de Oliveira - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

Ygor Dutra Pires Correa, devidamente qualificado, impetra mandado de segurança com pedido liminar em face do Diretor do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul.

Narra que: **a)** no dia 8.3.2010, obteve, junto ao Detran/MS, sua primeira habilitação, sendo ela, consequentemente, ainda provisória; **b)** em 30.8.2010, foi autuado pela Polícia Rodoviária Federal, tendo como penalidade a aplicação de multa e a perda de 7 pontos em sua CNH, conforme o Auto de Infração n. E019368727; **c)** aos 14.2.2011, o impetrante efetuou o pagamento da referida multa e, em 17.3.2011, obteve sua CNH definitiva; **d)** somente no mês de maio de 2013, dois anos depois de haver obtido sua CNH definitiva, foi que o impetrado resolveu instaurar o Processo Administrativo do Detran/MS n. 030026/2013, instaurado pela Portaria 030026/2013, visando a cassação da PPD e o cancelamento da CNH do impetrante, em decorrência do cometimento da infração acima noticiada.

Alega não ser razoável que se pretenda punir o impetrante por fato ocorrido cerca de dois anos e nove meses atrás, sob pena de se lhe negar o direito líquido e certo de ter sua CNH.

Admite que, se o impetrado tivesse sido diligente e instaurado o processo administrativo na época dos fatos, impedindo que o impetrante renovasse sua CNH, teria sido mais que legal sua conduta.

Obtempera que, passados dois anos da renovação da CNH e cerca de dois anos e nove meses do fato, não pode ter mais amparo legal a atitude do impetrado em querer punir o impetrante neste momento.

Ressalta que, adquirido o direito à CNH, resta a ineficácia punitiva da multa, pois, se assim não fosse, afrontaria o princípio da segurança jurídica que não admite prazos indeterminados em nenhum setor jurídico.

Assevera que a atitude do impetrante se configura ilegal e contrária aos princípios definidos no artigo 37 da Constituição Federal.

Requer seja concedida a segurança, confirmando-se a liminar com o reconhecimento da ilegalidade do Processo Administrativo do DETRAN/MS n. 030026/2013, instaurado pela portaria 030026/2013, e a determinação de seu trancamento.

O pedido liminar foi indeferido pelo relator (p. TJMS 34-8), por ausência de fumus boni iuris.

O Estado de Mato Grosso do Sul requer (p. TJMS 47) seu ingresso no feito, com fulcro no art.7º, II, da Lei n. 12.016, de 7.8.2009.

O Secretário Especial de Estado designado Diretor Presidente do Detran/MS e o Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul apresentam informações (p. TJMS 48-53), nas quais sustentam que o *mandamus* deve ser julgado improcedente, haja vista que o ato administrativo está pautado na legalidade.

O Estado de Mato Grosso do Sul requer (p. TJMS 75) sua exclusão do presente feito, em virtude de autorização administrativa superior que reconheceu a inexistência de interesse e prejuízo ao Estado de Mato Grosso do Sul.

A Procuradoria Geral de Justiça opina (p. TJMS 76-84) pela denegação da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator).

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Ygor Dutra Pires Correa em face do Diretor do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, objetivando o reconhecimento da ilegalidade do Processo Administrativo do Detran/MS n. 030026/2013, instaurado pela portaria 030026/2013, e a determinação de seu trancamento.

Depreende-se dos documentos juntados com a peça exordial que, de acordo com o Auto de Infração n. E019368727 (p. TJMS 20), o impetrante, aos 30.8.2010, praticou a infração prevista no artigo 203, inciso V, da Lei n. 9.503, de 23.9.1997, Código de Trânsito Brasileiro, qual seja:

> *"Art. 203. Ultrapassar pela contramão outro veículo:*
>
> *(...)*
>
> *V - onde houver marcação viária longitudinal de divisão de fluxos opostos do tipo linha dupla contínua ou simples contínua amarela:*
>
> *Infração - gravíssima;*
>
> *Penalidade - multa."*

Em decorrência da infração, foi instaurado em seu desfavor, no dia 7.5.2013, o Processo Administrativo n. 030026/2013, do DETRAN/MS, com base na portaria expedida no dia 4.5.2013 pelo Chefe da Divisão de Registro de Condutores, *"para aplicação da penalidade de cassação da PPD e cancelamento da CNH definitiva, por infringência ao artigo 148 § 3º e 4º do CTB"* (p. TJMS 17).

Inconformado, o impetrante busca, pela via mandamental, obter o trancamento do aludido processo, amparando sua pretensão, basicamente, no argumento de que a cassação da Permissão para Dirigir (PPD) e o cancelamento da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), dois anos e nove meses após o cometimento da infração, violaria o princípio da segurança jurídica.

Todavia não é possível sequer identificar a relevância da fundamentação exposta pelo impetrante, uma vez que, de acordo com os §§ 3º e 4º do artigo 148 do Código de Trânsito Brasileiro, a CNH somente será conferida ao condutor portador de Permissão para Dirigir se, durante o período probatório, não tiver cometido nenhuma infração de natureza grave ou gravíssima, nem tiver sido reincidente em infração média, *in verbis*:

> *"Art. 148. (...)*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º A Carteira Nacional de Habilitação será conferida ao condutor no término de um ano, desde que o mesmo não tenha cometido nenhuma infração de natureza grave ou gravíssima ou seja reincidente em infração média.*
>
> *§ 4º A não obtenção da Carteira Nacional de Habilitação, tendo em vista a incapacidade de atendimento do disposto no parágrafo anterior, obriga o candidato a reiniciar todo o processo de habilitação."*

O posicionamento consolidado no Superior Tribunal de Justiça confirma a disposição legal, como se depreende dos fundamentos expostos pelo Min. Mauro Campbell Marques, no julgamento do REsp. 770.912/RS, a saber:

> *"O art. 148, § 3º, do CTB é peremptório ao afirmar que '[a] Carteira Nacional de Habilitação será conferida ao condutor no término de um ano, desde que o mesmo não tenha cometido nenhuma infração de natureza grave ou gravíssima ou seja reincidente em infração média'.*
>
> *Portanto, ainda que o infrator tenha tomado conhecimento da autuação depois do referido prazo, se a infração foi cometida dentro do lapso temporal, não é possível a concessão da Carteira Nacional de Habilitação.*
>
> *A ciência por parte do infrator não é etapa do plano de existência, mas dos planos da validade e da eficácia."*

Referido recurso especial restou com a seguinte ementa:

> *"ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PERMISSÃO PARA DIRIGIR. CONCESSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO DEFINITIVA. CONDUTOR AUTUADO POR INFRAÇÃO GRAVE DURANTE O PERÍODO DE PROVA DE UM ANO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Os parágrafos 3º e 4º do art. 148 do CTB são claros ao afirmar que a CNH apenas será conferida ao condutor que não cometer nenhuma infração de natureza grave ou gravíssima ou que seja reincidente em infração média, em nada dispondo acerca da ciência do infrator da emissão do auto de infração.*

> *2. Da análise da exordial, constata-se que o recorrente afirma que cometeu infração grave dentro do lapso em que ainda possuía Permissão, ao argumento de que a infração de trânsito só passa a existir no mundo jurídico a partir da ciência do infrator da emissão do auto de infração.*
>
> *3. Recurso especial não provido." (STJ, REsp. 770.912/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009).*

No caso em análise, é incontroverso que a infração foi cometida durante o período em que o impetrante era portador apenas da Permissão para Dirigir.

Ademais, o condutor sequer se insurge contra o auto de infração em si, nem nega que a tenha praticado.

Ao contrário, admite expressamente que, se o impetrado tivesse instaurado *"o referido processo administrativo na época dos fatos, impedindo que o Impetrante renovasse sua CNH, era mais que legal tal conduta do mesmo"* (p. TJMS-2; destaquei).

Ora, ainda segundo o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a concessão da CNH é mera expectativa de direito, que se concretiza com o implemento das condições estabelecidas em lei, *in litteris*:

> *"1. O direito à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação somente se perfaz se, após um ano da expedição da permissão provisória, não houver o candidato, aprovado em exame de habilitação, cometido infração de natureza grave ou gravíssima, ou seja reincidente em infração média, nos termos do § 3º do art. 148 do CTB. Desse modo, a concessão automática da CNH, após o referido prazo, é mera expectativa de direito que se concretiza com o implemento dessas condições estabelecidas na lei." (STJ, REsp. 726.842/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/2006, DJ 11/12/2006, p. 338. Destaquei.).*

Assim, se as condições legais para a obtenção da CNH não foram implementadas, como se depreende tenha ocorrido no caso em apreço, a mera expectativa de direito não tem como se converter em direito adquirido, nem em direito líquido e certo.

O argumento de que a falta de "prazos determinados" acarretaria ofensa ao princípio da segurança jurídica não merece ser acolhido, quando se tem em conta que o processo administrativo foi instaurado dentro do prazo de 5 (cinco) anos previsto no artigo 54, *caput*, da Lei n. 9.784, de 29.1.1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, aplicável analogamente ao caso dos autos, *in litteris*:

> *"Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé."*

Assim, está evidenciado nos autos que o processo administrativo que o impetrante pretende trancar está pautado pela legalidade e não ofende, em absoluto, direito líquido e certo do autor.

Ante o exposto, com o parecer, denego a segurança.

Custas pelo impetrante. Sem honorários de advogado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Josué de Oliveira, Des. João Maria Lós, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 19 de agosto de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4006169-71.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PACIENTE IDOSA COM CÂNCER – TESTEMUNHA DE JEOVÁ – TUTELA ANTECIPADA PARA PROPICIAR TRATAMENTO SEM TRANSFUSÃO DE SANGUE FORA DA ÁREA DE COBERTURA DO PLANO DE SAÚDE – FORMAÇÃO DE JUNTA MÉDICA – PROVIDÊNCIA IMPRÓPRIA EM TUTELA DE URGÊNCIA – CAUÇÃO – BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA – AGRAVO IMPROVIDO.

Os procedimentos de saúde cobertos pelos planos não podem sofrer limitações quando o paciente ainda está em tratamento, para proteção do direito à vida, previsto no art. 5º da Constituição Federal. Embora não tenha sido feita comprovação por junta médica, estão suficientemente demonstrados, *initio litis*, a patologia da paciente, Testemunha de Jeová, que recusa tratamento à base de transfusão de sangue, e a adequação do tratamento por ela postulado, conforme se depreende do laudo médico emitido por Hematologista do Hospital Carlos Chagas, confirmando-se, destarte, a verossimilhança das alegações da autora/agravada. A possibilidade de lesão grave e de difícil reparação também está demonstrada pelo referido laudo médico, segundo o qual a patologia da autora/agravada é moléstia grave e potencialmente fatal, com indicação de terapêutica imediata, e já teve início o tratamento quimioterápico apropriado para a paciente, aduzindo-se que, pelo risco atual e apresentação clínica da paciente, o tratamento deve ser feito em regime hospitalar. Presentes os requisitos do art. 273 do CPC, deve ser concedida a antecipação da tutela.

A formação de junta médica a fim de solucionar a questão técnica a respeito da adequação do tratamento requerido pela autora/agravante constitui providência que não se coaduna com o instituto da tutela de urgência.

Indefere-se o pedido para determinar que a autora/agravada preste caução idônea a fim de assegurar o ressarcimento das despesas oriundas da medida atacada, se a recorrida é beneficiária da justiça gratuita e não consta impugnação da decisão que deferiu a assistência judiciária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de julho de 2013.

Des. Josué de Oliveira - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

A Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul (Cassems) interpõe agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a antecipação da tutela na ação declaratória c.c. indenização por danos morais que lhe promove Lucila Calves Pereira, em trâmite perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, Autos n. 0820168-26.2013.8.12.0001.

Alega, em apertada síntese, que o caso em tela não revela urgência (risco de vida) que justifique o procedimento médico requerido, de natureza experimental, de escolha da paciente, sem recomendação médica específica, em nosocômio não credenciado ao plano e sem comprovação de urgência, circunstâncias que retiram o requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Requer seja conhecido e provido o presente recurso, a fim de revogar a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela; ou, alternativamente, o provimento parcial do recurso, para formação de junta médica tendente a solucionar a questão de maneira técnica; ou que se determine caução idônea à agravada, a fim de assegurar o ressarcimento das despesas oriundas da medida atacada.

O recurso foi recebido no efeito suspensivo (p. TJMS 74-77).

Em nova manifestação (p. TJMS 78-79), a agravante juntou relatório médico (p. TJMS 80-82) emitido por profissional da especialidade (Hematologia), para destacar a ausência do caráter de urgência para o procedimento buscado, a escolha pessoal da agravada em buscar tratamento experimental em razão de sua opção religiosa e a possibilidade de realizar tratamento local dentro da área de abrangência do plano de saúde escolhido e dentro da cobertura assistencial.

Em contraminuta (p. TJMS 86-92), a agravada pugna pelo improvimento do recurso.

Ao analisar a contraminuta, o relator revogou o efeito suspensivo com que recebeu o recurso.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator).

Consta nos autos que a agravada, Sra. Lucila Calves Pereira, ajuizou a Ação Declaratória c.c. Indenização por Danos Morais n. 0820168-26.2013.8.12.0001, em trâmite perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, em desfavor da agravante, Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul (Cassems), tendo argumentado que é "Testemunha de Jeová" e portadora de "leucemia linfócita crônica", cujo tratamento de praxe realizado no Estado de Mato Grosso do Sul é a transfusão sanguínea, e objetivando, por isso, receber tratamento alternativo disponível no Hospital Carlos Chagas, localizado em São Paulo, SP.

Aduziu que, ao solicitar a cobertura da requerida, teve seu pedido negado em virtude do disposto na cláusula 2 do contrato, que estabelece um âmbito geográfico para o cumprimento da obrigação contratual.

Ao receber a petição inicial, o Juízo *a quo*, identificando a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, além do receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deferiu o pedido de antecipação da tutela e determinou à requerida que cubra o tratamento alternativo requisitado pela autora, a ser realizado no Hospital Carlos Chagas em São Paulo, SP, prestando-lhe toda e qualquer assistência necessária, até a resolução da presente demanda, sob pena de multa diária, fixada, inicialmente, em 30 dias, de R$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Inconformada, a requerida interpôs o presente agravo de instrumento, sustentando que não se encontram presentes os requisitos para a antecipação da tutela, pois: **a)** inexistiria expressa prescrição

médica para o tratamento desejado, mas apenas mero encaminhamento realizado por Clínico Geral do SUS, que não possui especialização na área de referência; **b)** inexistiria situação de urgência, pois não há risco de vida; **c)** a concessão da liminar afronta a Lei Federal n. 9.656/1998, em seu artigo 10, inciso I, pois autoriza tratamento clínico experimental o qual pode, inclusive, acarretar prejuízos à saúde da agravada.

A agravante acrescentou, com base em normatizações do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que é preciso primeiro sanar a divergência médica, evitando-se assim prejuízo às partes, afirmando que aceitará o resultado da junta médica instituída para esse fim, em caso de arbitragem contrária à sua tese.

Recordou que a agravante é uma associação civil sem fins lucrativos e que seu plano não é comercializável, de sorte que não há falar em cobertura ilimitada como quer a agravada.

Sintetizou que o caso em tela não revela urgência (risco de vida) que justifique o procedimento médico requerido, de natureza experimental, de escolha da paciente, sem recomendação médica específica, em nosocômio não credenciado ao plano e sem comprovação de urgência, circunstâncias que retiram o requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Requereu a revogação da tutela antecipada; ou, alternativamente, o provimento parcial do recurso, para formação de junta médica tendente a solucionar a questão de maneira técnica; ou que se determine caução idônea à agravada, a fim de assegurar o ressarcimento das despesas oriundas da medida atacada.

A seu turno, na contraminuta, a agravada narra que o quadro fático atual é mais grave e urgente do que aquele narrado em primeira instância, porquanto, segundo a médica hematologista do Hospital Carlos Chagas que a assiste, foram realizados exames que comprovaram a presença de neoplasia maligna grave e potencialmente fatal com indicação terapêutica imediata.

Aduz que agora passa por tratamento quimioterápico, conforme relato médico que anexa (p.TJMS 93-98), e somente com a continuidade do tratamento sua sobrevivência poderá ser garantida com maiores chances de êxito, mas, se a antecipação da tutela for revogada, sofrerá alta médica forçada, pois sua família não possui condições financeiras para custear o tratamento.

Recorda que, de acordo com o artigo 35-C da Lei dos Planos de Saúde, é obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de emergência e de urgência.

Alude à sua convicção religiosa para recordar, com base no artigo 15 do Código Civil, que *"Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica."*

Com a apresentação da contraminuta, a autora/agravada trouxe para os autos laudo médico emitido pela Dra. Bianca Zocca Moreira, Hematologista do Hospital Carlos Chagas, com o seguinte teor:

> *"Sra. Lucila Calves Pereira, 71 anos, admitida neste serviço em 10/06/2013, com hipótese diagnóstica de Leucemia Linfoide Crônica. Porém pelas alterações laboratoriais não compatíveis com esta patologia, realizou nova investigação da patologia hematológica. Realizou biópsia medula óssea, mielograma, imunofenotipagem de medula óssea e sangue periférico confirmando o diagnóstico de leucemia de células plasmocitárias, associadas apresenta lesões ósseas líticas e pico monoclonal IGB lambda. Trata-se de neoplasia maligna grave e potencialmente fatal com indicação de terapêutica imediata.*
>
> *Iniciou-se tratamento quimioterápico protocolo VCD (velcade, ciclofosfamida e dexametasona) e associado tratamento clínico de suporte.*

> *Paciente apresenta devido a leucemia, uma grave anemia, devido motivos religiosos, não aceita transfusão sanguíneas, apesar de lhe ser oferecido. Para auxiliar no tratamento, prescrito alfaepoetina humana, para estimular aumento das células sanguíneas para auxiliar no tratamento quimioterápico e não haver repercussão hemodinâmica grave.*
>
> *Pelo risco atual e apresentação clínica da paciente o tratamento deve ser em regime hospitalar." (p. TJMS 93-96. Destaquei.).*

Verifica-se, portanto, haver elementos probatórios que confirmam a patologia da autora/agravada, consistente em neoplasia maligna grave e potencialmente fatal, com indicação de terapêutica imediata, comprovada por laudo emitido pela médica hematologista que está acompanhando seu caso no Hospital Carlos Chagas.

Além disso, está comprovado também que teve início o tratamento quimioterápico apropriado para a paciente que, em virtude de suas convicções religiosas, se recusa a receber o tratamento convencional propiciado pela requerida/agravante.

E mais: pelo risco atual e apresentação clínica da paciente, o tratamento deve ser feito em regime hospitalar.

Recorde-se que a requerida/agravante indeferiu o pedido da paciente de ser tratada no Hospital Carlos Chagas, aduzindo que a *"liberação para realização de Tratamento fora da área de cobertura do plano dá-se excepcionalmente para casos analisados pela auditoria médica da CASSEMS, tenham cobertura pelo Rol de Procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, vigente na época e comprovadamente não seja realizado na área de abrangência do plano, ou seja, Mato Grosso do Sul"* (p. TJMS 63).

Logo, existe contratualmente a possibilidade de oferecer tratamento fora da área de cobertura, embora com a ressalva de que o caso tenha cobertura pelo rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde. Essa ressalva, porém, há de ser considerada com reservas, em face do direito à vida assegurado constitucionalmente à demandante.

Por outro lado, a agravante não está se insurgindo de forma absoluta contra a pretensão da autora/agravada, tanto assim que admite expressamente fornecer o tratamento solicitado se houver decisão de junta médica contrária à sua tese de defesa, a saber:

> *"Desde já a CASSEMS, demonstrando uma vez mais sua boa fé, deixa consignado que acolherá a decisão de junta médica, de modo que, após a dita arbitragem, se restar cientificamente comprovado que o procedimento em questão, é o adequado para o caso da agravada, a mesma terá seu direito de atendimento garantido, inclusive podendo ser atendida em seu Estado, por prestador credenciado pela CASSEMS, conforme informação constante em Auditoria Médica que se junta no presente Agravo, dando conta que tal procedimento, em caso de comprovada evidência científica do tratamento, poderá ser realizado por credenciado CASSEMS em nosso Estado." (p. TJMS 11).*

Todavia, a agravante não indicou qual seria o credenciado que, no âmbito de Mato Grosso do Sul, poderia oferecer o tratamento demandado pela recorrida.

Não resta dúvida de que é tormentosa a questão relativa ao atendimento médico das Testemunhas de Jeová, que não admitem, por força de suas convicções religiosas, tratamento convencional que acarrete transfusão de sangue.

No caso em apreço, a CASSEMS esclarece que o contrato de prestação de serviços de saúde autoriza o tratamento convencional fora da área de cobertura, mas também admite que, se restar comprovado por junta médica que o procedimento postulado pela autora/agravada é o adequado para a paciente, esta terá seu direito de atendimento garantido.

Pois bem.

Embora não tenha sido feita comprovação por junta médica, estão suficientemente demonstrados, *initio litis*, a patologia da paciente e a adequação do tratamento postulado, conforme se depreende do laudo médico emitido pela Dra. Bianca Zocca Moreira, Hematologista do Hospital Carlos Chagas, confirmando-se, destarte, a verossimilhança das alegações da autora/agravada.

A possibilidade de lesão grave e de difícil reparação também está demonstrada pelo referido laudo médico, segundo o qual a patologia da autora/agravada é moléstia grave e potencialmente fatal, com indicação de terapêutica imediata, e já teve início o tratamento quimioterápico apropriado para a paciente, aduzindo-se que, pelo risco atual e apresentação clínica da paciente, o tratamento deve ser feito em regime hospitalar.

Assim, tendo em vista o juízo de probabilidade que o órgão julgador deve proferir ao apreciar o pedido de antecipação da tutela, verifica-se estarem presentes os requisitos que autorizam o deferimento da tutela de urgência postulada pela autora.

Em litígio que guarda analogia com o presente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assegurou a continuidade do tratamento iniciado pelo paciente, no julgamento do Agravo n. 0573992-88.2010.8.26.0000, que restou com a seguinte ementa:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DE CÂNCER. A AGRAVADA É SEGUIDORA DA RELIGIÃO TESTEMUNHA DE JEOVÁ E NÃO ACEITA QUALQUER TRATAMENTO COM TRANSFUSÃO DE SANGUE. NO HOSPITAL EM SÃO PAULO, A AGRAVADA CONSEGUIU TRATAMENTO COM QUIMIOTERAPIA E TEVE QUE SER INTERNADA URGENTEMENTE EM ESTADO GRAVE. NESTE MOMENTO, A AGRAVADA NECESSITA DO TRATAMENTO, POIS SEU ESTADO DE SAÚDE É CRÍTICO. HÁ RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL. HOUVE JUNTADA DOS RELATÓRIOS MÉDICOS. Esta Câmara vem entendendo que os procedimentos de saúde cobertos pelos planos não podem sofrer limitações quando o paciente ainda está em tratamento, para proteção do direito à vida, previsto no art. 5º da Constituição Federal. Estão presentes os requisitos do art. 273 do CPC, devendo ser concedida a antecipação da tutela. Agravo improvido (Voto 19.991)." (TJSP; AI 0573992-88.2010.8.26.0000; Ac. 5058636; Araras; Oitava Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Ribeiro da Silva; Julg. 06/04/2011; DJESP 25/04/2011).*

Em seu voto, o relator, Des. Ribeiro da Silva, expôs os motivos pelos quais negava provimento ao agravo interposto pela Unimed de Araras Cooperativa de Trabalho Médico, os quais adoto para esta decisão, a saber:

> *"Trata-se de obrigação de fazer, na qual a agravada, ora autora, pleiteia o tratamento alternativo para o câncer (neoplasia hematológica de células B madura) que lhe acometeu. Alega que é seguidora da religião Testemunha de Jeová, não aceitando o procedimento de transfusão de sangue. Alega ainda que, em São Paulo, conseguiu encontrar o tratamento alternativo que procurava, com quimioterapia, onde foi internada em estado grave, pois não quis se submeter anteriormente ao tratamento tradicional, que envolvia transfusão de sangue.*

> *Nos termos do relatório médico (fls. ...), a agravada necessita de tratamento urgente para a doença que lhe acometeu, necessitando do tratamento para o câncer. O estado de saúde da agravada é crítico, havendo fundado receio de dano irreparável, o que torna necessária a concessão da liminar, nos termos do despacho agravado (art. 273, inciso I, do C.P.C.). A não internação da agravada no hospital em São Paulo acarretaria seu óbito.*
>
> *Esta Câmara vem entendendo que os procedimentos de saúde cobertos pelos planos não podem sofrer limitações quando o paciente ainda está em tratamento, para proteção do direito à vida, previsto no artigo 5º da Constituição Federal.*
>
> *E ainda, os procedimentos de saúde não podem sofrer limitações quando o paciente ainda está em tratamento, de grave enfermidade, caso dos autos.*
>
> *A antecipação da tutela é deferida com base na necessidade do tratamento indicado e na urgência da providência, considerando o quadro clínico diagnostica, circunstância que evidencia o perigo de dano irreparável.*
>
> *Assim, estando presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, deve-se conceder a antecipação da tutela."*

É certo que o relator deste agravo recebeu o recurso no efeito suspensivo.

Ocorre, porém, que a atribuição de efeito suspensivo a recurso, nos termos do artigo 558, *caput*, do CPC, constitui tutela de urgência análoga à antecipação da tutela autorizada pelo artigo 273 do referido Código, e, por depender da relevância da fundamentação do recorrente, tem natureza tão provisória quanto à da equivalente tutela de urgência inicial, conforme preceitua o § 4º do aludido artigo 273, *in verbis*:

> *"Art. 273. (...)*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada." (Destaquei.).*

Por outro lado, o poder geral de cautela, posto no artigo 798 do Código de Processo Civil e no artigo 611, *caput*, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, propicia ao relator proferir nova decisão antes do julgamento do recurso, a fim de evitar que mal maior se verifique à parte mais frágil no processo.

A evolução dos fatos no caso litigioso entre a Sra. Lucila Calves Pereira e a Cassems acabou por tornar irrelevante a fundamentação inicialmente reconhecida pelo relator deste agravo, nos termos do artigo 558, *caput*, do CPC, de sorte que não havia, nem há mais motivo para manter o efeito suspensivo inicialmente atribuído ao recurso, razão pela qual o relator revogou aludido efeito.

Figura-se imperativo, no momento atual, que seja confirmada a decisão do Juízo de primeira instância, que deferiu o pedido inicial de antecipação da tutela.

A formação de junta médica a fim de solucionar a questão técnica a respeito da adequação do tratamento requerido pela autora/agravante constitui providência que não se coaduna com o instituto da tutela de urgência, motivo pelo qual o pedido da recorrente deve ser rejeitado.

No tocante ao pedido da agravante, de se determinar que a autora/agravada preste caução idônea a fim de assegurar o ressarcimento das despesas oriundas da medida atacada, não há como ser acolhido, tendo

em conta que a recorrida é beneficiária da justiça gratuita e não consta impugnação da decisão que deferiu a assistência judiciária.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados:

> *"TUTELA ANTECIPADA AÇÃO DE CANCELAMENTO DE PROTESTO C.C. Indenização por danos morais. Sustação do protesto de duas duplicatas, cada qual no valor de R$ 2.100,54. Concedida a antecipação da tutela. Decisão que exigiu, porém, a prestação de caução idônea, no valor dos títulos. Inviabilidade. Agravante que é beneficiário de justiça gratuita, o que leva a crer que não dispõe, de imediato, dessa quantia. Tutela antecipada que pode ser revogada ou modificada, nos termos do § 4º do art. 273 do CPC, após a apresentação da contestação, caso surjam elementos que demonstrem que as cártulas são devidas. Afastada a exigência de caução Agravo provido." (TJSP; AI 0069151-05.2013.8.26.0000; Ac. 6764916; São Paulo; Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. José Marcos Marrone; Julg. 22/05/2013; DJESP 04/06/2013).*

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que deferiu liminar de sustação de protesto, condicionando-a, porém, à prestação de caução. Pedido de justiça gratuita. Deferimento. Declaração de hipossuficiência corroborada por documentos idôneos a demonstrar a incapacidade financeira do postulante. Mérito. Pretendida dispensa da caução. Pretensão acolhida. Protesto levado a efeito muito após o decurso do prazo de apresentação do cheque. Ilegalidade evidente. Exegese dos artigos 33, caput, e 48, caput, ambos da Lei do cheque. Periculum in mora consubstanciado nos prejuízos inerentes ao apontamento. Requisitos bem evidenciados. Ademais, ausência de danos à agravada, face à possibilidade de perseguição do crédito por outros meios. Prestação de caução desnecessária. Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido." (TJSC; AI 2012.051327-4; Tijucas; Terceira Câmara de Direito Comercial; Rel. Des. Túlio José Moura Pinheiro; Julg. 23/05/2013; DJSC 31/05/2013; Pág. 243).*

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Josué de Oliveira, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 16 de julho de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4003830-42.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AGRAVO DE INTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – TRATAMENTO EM HOSPITAL NÃO CONVENIADO – IMINENTE RISCO À SAÚDE – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de junho de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Ab initio, torno sem efeito o relatório de fls. 50 dos autos e passo ao novo relato.

Luiz Antônio Ferrazza e Zuleide Barbosa de Araújo Ferrazza interpuseram recurso de agravo de instrumento contra decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível desta capital que, nos autos da ação de obrigação de fazer, concedeu a tutela antecipada, com o objetivo de determinar que as requeridas custeiem o tratamento necessário à segunda agravante no Hospital Sírio Libanês, condicionando-a, contudo, à prestação de caução real.

Sustentam, em síntese, a desnecessidade da prestação de caução na hipótese em análise, tendo em vista que além do Hospital Sírio-Libanês ser o único com comprovada capacidade técnica para proporcionar o tratamento adequado à agravante, sendo, portanto, manifesta a presença do relevante fundamento do direito e a possibilidade de ineficácia da decisão final, há intercâmbio entre as unidades UNIMED Campo Grande e Paulista.

Pugnaram pela atribuição de efeito suspensivo ao agravo. Postulam, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso.

Às fls. 42/43 recebi o recurso em ambos os efeitos, requisitei informações ao magistrado singelo e determinei a intimação das agravadas para apresentação de contraminuta.

Informações prestadas às fls. 47/48.

Às fls. 51 dos autos foi determinada nova intimação das agravadas para apresentarem contraminuta, atentando-se às procurações e substabelecimentos contidos nos autos.

Contraminuta da Unimed Campo Grande MS – Cooperativa de Trabalho Médico às fls. 53-71, pela improcedência do recurso.

Certidão às fls. 572, de que decorreu o prazo sem que houvesse manifestação da agravada Unimed Paulistana Cooperativa de Trabalho Médico.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator).

Luiz Antônio Ferrazza e Zuleide Barbosa de Araújo Ferrazza interpuseram recurso de agravo de instrumento contra decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível desta capital que, nos autos da ação de obrigação de fazer, concedeu a tutela antecipada, com o objetivo de determinar que as requeridas custeiem o tratamento necessário à segunda agravante no Hospital Sírio Libanês, condicionando-a, contudo, à prestação de caução real.

Sustentam, em síntese, a desnecessidade da prestação de caução na hipótese em análise, tendo em vista que além do Hospital Sírio-Libanês ser o único com comprovada capacidade técnica para proporcionar o tratamento adequado à agravante, sendo, portanto, manifesta a presença do relevante fundamento do direito e a possibilidade de ineficácia da decisão final, há intercâmbio entre as unidades UNIMED Campo Grande e Paulista.

A questão tratada nos autos, cinge-se na possibilidade ou não de oferecimento de caução real para realização de tratamento de saúde.

Pois bem.

É sabido que no ordenamento jurídico, é prevista a prestação de caução visando assegurar àquele que sofrer os efeitos da antecipação de tutela, caso altere o entendimento ao final. Diante desta situação restaria, com a prestação de caução, recuperado o equilíbrio entre as partes.

Contudo, considerando ser uma medida limitativa, a sua exigência pode impedir a realização do direito da parte beneficiada. Assim, o juiz é quem deve ponderar os valores jurídicos envolvidos e os possíveis danos que sua decisão pode gerar, concedendo a tutela quando os prejuízos ao autor sejam quantitativamente e qualitativamente maiores do que para a parte contrária.

No caso em tela, não há como se impor caução à parte beneficiada pela tutela provisória, vez que tal ônus desnaturaria a finalidade da medida. Isto porque, o deferimento da tutela antecipada se deu em razão da iminente de possibilidade de um dano irreparável à vida da agravante, que encontra-se internada no Hospital Sírio Libanês em São Paulo, com lesão complexa no pé e tornozelo direito, associada à diabetes.

Consta dos autos que antes de ser encaminhada para o tratamento pleiteado nestes autos que possivelmente alcançará uma estabilização e posterior eliminação da infecção, a agravante havia recebido diagnóstico com indicação de amputação do membro, uma vez que onde se encontrava, não havia o tratamento adequado para a moléstia que a acomete.

Ante tais considerações, a imposição de prestação de caução real, poderia impossibilitar o cumprimento da medida e causar grave dano à paciente, ora recorrente.

Neste sentido:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. RESTRIÇÃO A TRATAMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO. RELEVÂNCIAE URGÊNCIA DO TRATAMENTO PRESCRITO DEMONSTRADO. PERIGO DE DEMORA. EXISTÊNCIA. EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO. DESNECESSIDADE. RECURSO IMPROVIDO. Presentes os requisitos autorizadores da tutela liminar pleiteada, mostra-se acertada a decisão que determina a realização de cirurgia indispensável a manutenção da saúde da usuária do plano de saúde, independentemente da prestação de caução." (TJ-MT; AI 92883/2011; Tangará da Serra; Segunda Câmara Cível; Relª Desª Maria Helena Gargaglione Póvoas; Julg. 30/11/2011; DJMT 12/12/2011; Pág. 9).*
>
> *No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:*
>
> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA ANTECIPADA. ENERGIA ELÉTRICA. CORTE. RELIGAMENTO. CAUÇÃO. PODER DE CAUTELA DO JUIZ. ARTIGOS 273, 799 E 804 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃ CARACTERIZADA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COMPROVAÇÃO. ACOLHIMENTO. I - Não se verificam as apontadas afrontas aos artigos 273, 799 e 804, todos do Código de Processo Civil, considerando-se que o magistrado acolheu o pedido de antecipação da tutela requerida pelo autor, ora recorrente, e que a deliberação acerca da caução está inserida no poder de cautela do magistrado. II - O aresto trazido como paradigma se amolda exatamente à espécie,onde se busca o religamento da energia cortada sob a argumentação de irregularidade no relógio medidor, e assim deve ser afastada a exigência de caução, por ser uma medida cautelar inominada,típica, definida, que exige, para a sua concessão, a existência prévia em lei, convenção ou sentença para que possa ser prestada." (EDcl no AgRg no REsp n. 209.652/ES, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 20/02/2000). III - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 813248/SP RECURSO ESPECIAL 2006/0018501-1, Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO, (1116) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 18/04/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 11/05/2006, p. 174).*

Conclui-se, portanto, que a lesão que supostamente poderia ser causada à estrutura econômica das agravadas seria ínfima em face da gravidade da lesão à saúde da agravante que possui uma doença grave que pode levá-la a amputação do membro se não for adequadamente tratada.

Ante o exposto, sem mais delongas, entendendo caracterizados os requisitos autorizadores da tutela, **conheço do recurso e dou-lhe provimento** para afastar a prestação de caução no caso em tela, visto o risco de grave lesão à recorrente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 27 de junho de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4008449-15.2013.8.12.0000/50000 - Três Lagoas
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO – POSSIBILIDADE DE PENHORA DE ATÉ TRINTA POR CENTO DO SALÁRIO – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSÁRIO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 12 de setembro de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Valdir Ferreira Brito interpõe Agravo Regimental contra decisão singular deste Desembargador em que foi improvido seu agravo de instrumento, mantendo a decisão de 1° Grau que autorizou o bloqueio de pouco mais de 20% do valor líquido aferido pelo agravante, em decorrência de ação de execução fiscal.

Aduz o agravante que a decisão singular deve ser reformada, tendo em vista que o entendimento do STJ é no sentido de que o salário é absolutamente impenhorável e, ainda, que depende da integralidade de seu salário para manter sua família.

Assim, pede a reconsideração da decisão monocrática ou que seja submetido a julgamento da Câmara, prequestionando os dispositivos elencados no recurso.

VOTO (EM 29.8.2013)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator).

Valdir Ferreira Brito interpõe Agravo Regimental contra decisão singular deste Desembargador em que foi improvido seu agravo de instrumento, mantendo a decisão de 1° Grau que autorizou o bloqueio de pouco mais de 20% do valor líquido aferido pelo agravante, em decorrência de ação de execução fiscal.

Aduz o agravante que a decisão singular deve ser reformada, tendo em vista que o entendimento do STJ é no sentido de que o salário é absolutamente impenhorável e, ainda, que depende da integralidade de seu salário para manter sua família.

Assim, pede a reconsideração da decisão monocrática ou que seja submetido a julgamento da Câmara, prequestionando os dispositivos elencados no recurso.

Nos Agravos Regimentais pode o Desembargador Relator da decisão monocrática, rever o posicionamento anteriormente tomado.

No entanto, deixo de exercer esta faculdade de retratação, a qual é prevista no art. 557, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil mantendo, assim, a decisão proferida nos seus exatos termos:

> *"Inicialmente, concedo os benefícios da justiça gratuita para fins deste processo. Pois bem. Destaco que vejo como correto o entendimento de que o salário, em sua totalidade, é, de fato, impenhorável, eis que este visa garantir o sustento do devedor e de sua família, não podendo, portanto, ser ignorado seu caráter alimentar. Contudo, entendo também que se a parte confessa a existência de determinada dívida, como é o caso dos autos, não pode deixar de pagar o valor devido simplesmente porque o que recebe por seu trabalho é destinado a satisfazer as necessidades pessoais e de sua família, pois se assim fosse, nenhuma dívida seria paga com o salário.*
>
> *Diante de tal ponderação, concluo que não há o que se falar em impenhorabilidade absoluta, devendo-se apenas ter a cautela de analisar caso a caso, limitando os descontos em até 30% (trinta por cento) dos valores recebidos, assim, enquanto as dívidas contraídas anteriormente serão quitadas, restarão ao menos, 70% (setenta por cento) dos proventos para serem administrados da forma como melhor convier ao executado. Afinal, o devedor sabe de suas reais condições financeiras e não pode alegar que seu salário é simplesmente para o sustento.*
>
> *Este entendimento encontra respaldo na jurisprudência, in verbis:*
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO. PENHORA ONLINE SOBRE CONTA SALÁRIO. POSSIBILIDADE ATÉ 30%. MITIGAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 649, IV, DO CPC. RAZOABILIDADE. BUSCA PELA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO. CASO CONCRETO QUE INDICA O PERCENTUAL DE 15% COMO ADEQUADO AO CONSIDERAR OS GASTOS PARA A SUBSISTÊNCIA DO DEVEDOR. 1. A penhora de valores constantes em conta salário é perfeitamente aceitável desde que respeitado o limite de 30%, cujo percentual visa proteger a subsistência do executado. 2. Tal mitigação ao disposto no art. 649, inc. IV, do código de processo civil ocorre em face da busca pela efetividade do processo executório, cujo enfoque deve ser dado sobre os princípios da responsabilidade patrimonial do executado e o do resultado, estes, ponderados dentro de um juízo de razoabilidade conforme cada caso concreto. (...)." (TJPR; Ag Instr 0591594-8; Foz do Iguaçu; Décima Primeira Câmara Cível; Relª Desª Vilma Régia Ramos de Rezende; DJPR 06/04/2010; Pág. 179) CPC, art. 649).*
>
> *"PENHORA ON-LINE. IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO. ART 649. INCIDÊNCIA RELATIVIZADA. SALDO EM CONTA CORRENTE. Decisão mantida, porém, limitando-se o desconto a 30% dos valores recebidos a título de salário. Recurso parcialmente provido." (TJ-SP; AI 990.10.219501-5; Ac. 4834547; São Paulo; Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado; Relª Desª Maria Lúcia Pizzotti; Julg. 25/10/2010; DJESP 17/12/2010).*
>
> *"RECURSO INOMINADO. EMBARGOS À; EXECUÇÃO. Penhora on line na conta bancária/salário, limitada ao percentual equivalente a 30% (trinta por cento) dos proventos líquidos percebidos pela embargante, de forma mensal, até a integral quitação do débito exeqüendo. Legalidade. Permissivo jurisprudencial. (...)" (TJ-BA; Rec. 0047608-06.2005.805.0001-1; Quinta Turma Recursal; Rel. Juiz Edson Pereira Filho; DJBA 22/11/2010).*

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA. BLOQUEIO ON LINE PELO SISTEMA BACENJUD. CONTA SALÁRIO. POSSIBILIDADE DESDE QUE EM PERCENTUAL RAZOÁVEL, LIMITADO A 30% DO SALDO EXISTENTE NA CONTA E QUE NÃO COMPROMETA A DIGNIDADE DO SUSTENTO DO DEVEDOR. A jurisprudência desta e. Corte vem entendendo que, com o advento da recente reforma processual introduzida no procedimento da execução pelo caput do art. 655 - A, com o escopo de imprimir celeridade e efetividade ao processo de execução, tornou-se legal o bloqueio on line de valores depositados na conta corrente do executado, ainda que se trate de conta salário, desde que em percentual razoável. limitado a 30% do saldo existente na conta. a fim de não comprometer a dignidade de seu sustento. (reformulação de entendimento para se ajustar ao entendimento da jurisprudência majoritária deste Tribunal)." (TJ-DF; Rec. 2010.00.2.012807-3; Ac. 455.254; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Natanael Caetano; DJDFTE 20/10/2010; Pág. 88) No caso em tela, vê-se que o magistrado autorizou o bloqueio de pouco mais de 20% (vinte por cento) do valor líquido aferido pelo recorrente, não havendo que se falar em qualquer irregularidade. Desta forma, restanto claro que outro caminho não há senão a realização de penhora para que, finalmente, o exequente obtenha êxito em receber seu crédito, mantenho a decisão objurgada por estar de acordo com seus fundamentos. Em face do exposto, nego seguimento ao agravo, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil. Publique-se.

Intimem-se.

Cumpra-se.

Campo Grande, 14 de agosto de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator."

Sem mais delongas, visto que as questões suscitadas no recurso já foram apreciadas de forma exaustiva na decisão agravada e, ainda, por não encontrar respaldo jurídico nas razões deduzidas pelo agravante que me fizesse rever o posicionamento antes exarado, mantenho incólume a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

Quanto ao prequestionamento expresso requerido, cumpre destacar que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, a incumbência do magistrado é analisar os fatos e aplicar o direito, nos moldes exigidos pela causa e dentro dos exatos ditames legais.

Assim, por entender que a questão já foi suficientemente debatida e decidida, desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais invocados.

Ante o exposto, mantenho a decisão anteriormente proferida, de forma que conheço do presente regimental, no entanto NEGO-LHE PROVIMENTO.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. SIDENI), APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O 2º VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 12.9.2013)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (1º Vogal).

Pedi vista dos autos para melhor analisar seu conteúdo. Bem analisados os autos, cheguei à conclusões de que o recurso originário não comporta julgamento singular, daí porque merece provimento o regimental.

Sustenta o recorrente a impenhorabilidade dos seus vencimentos, nos termos do art. 649, IV, do CPC. O eminente Relator entendeu pela possibilidade da constrição, limitada a 30% do valor da remuneração do recorrente.

A despeito das relevantes considerações alinhavadas pela Relatoria, alinho-me àqueles que perfilham orientação distinta, inadmitindo a penhora de remuneração, salvo em hipóteses excepcionais (v.g. dívida de alimentos), o que não é o caso dos autos, onde se pretende a satisfação de crédito tributário.

Cândido Rangel Dinamarco reconhece a inadmissibilidade da penhora de depósitos e aplicações decorrentes de remuneração.

Referindo-se ao disposto no referido dispositivo, leciona:

> *"Surgiam, com alguma frequência dúvidas sobre a penhorabilidade de aplicações ou depósitos bancários oriundos de vencimento, soldos ou salários, as quais deviam ser resolvidas segundo um critério de razoabilidade e levando em conta os fundamentos que levam a lei a estabelecer impenhorabilidades. A tendência jurisprudencial era limitar a penhorabilidade desses recursos, na consideração de que, a partir de um certo momento, eles perdem sua feição alimentar, passando a constituir verdadeiro patrimônio. Em sua versão atual, todavia, o Código de Processo Civil veda expressamente a penhora on line desses depósitos ou aplicações, competindo ao executado a prova de que seja provenientes daquelas remunerações (art. 655-A, § 2º) – donde se poderia inferir que tais depósitos ou aplicações seriam inteiramente impenhoráveis, quer pela utilização de meios eletrônicos, quer por outros meios, sempre que o sejam os valores depositados ou aplicados." (Instituições de Direito Civil, vol. IV, 3ª ed., Malheiros, p. 396).*

Fredie Didier Júnior, Leonardo Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, sustentam que a impenhorabilidade de valores depositados em conta perdura até que se altere a natureza dos depósitos:

> *"A impenhorabilidade dos rendimentos de natureza alimentar é precária: remanesce apenas durante o período de remuneração do executado. Se a renda for mensal, a impenhorabilidade dura um mês: vencido o mês e recebido novo salário, a 'sobra' do mês anterior perde a natureza alimentar, transformando-se em investimento. Como já afirmara Leonardo Greco, é preciso sujeitar essa regra 'a um limite temporal, sem o qual ela constituirá instrumento abusivo de um iníquo privilégio em favor do devedor, para considerar que a impenhorabilidade de toda a remuneração, somente perdura no mês da percepção. (...) a parte da remuneração que não for utilizada em cada mês, por exceder as necessidade de sustento suas e de sua família, será penhorável, como qualquer outro bem de seu patrimônio. Assim, perde a natureza de verba alimentar e, conseguintemente, o atributo da impenhorabilidade. Se assim não o fosse, tudo o que estivesse depositado em uma conta-corrente de uma pessoa física apenas assalariada jamais poderia ser penhorado, mesmo que de grande monta, correspondente ao acúmulo dos rendimentos auferidos ao longo dos anos." (Curso de Direito Processual Civil, Execução, vol. 5, Juspodivm, 2009, p. 555-6).*

Com efeito, o extrato de f. 123 evidencia que quando do recebimento dos proventos pelo executado o saldo estava negativo, de modo que sequer há sobra em sua conta corrente do mês anterior, de onde se conclui, segundo lição já transcrita, que a totalidade dos valores existentes na conta bancária do agravante possuem inequívoco caráter alimentar.

Esse o entendimento manifestado por esta Corte de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – AÇÃO DE COBRANÇA EM FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – BLOQUEIO DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA-CORRENTE A TÍTULO DE SALÁRIO – PENHORA INADMISSÍVEL – NOVA*

DISPOSIÇÃO DO ARTIGO 649, INCISO IV, DO CPC – AGRAVO REGIMENTAL NÃO-PROVIDO. I – "É inadmissível a penhora parcial de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor - Precedentes;' (STJ – AgRg no REsp 1023015/DF). II – Considerando que o valor bloqueado em conta corrente de titularidade do agravante (R$ 690,53 – seiscentos e noventa reais e cinquenta e três centavos), corresponde aos vencimentos deste, indispensáveis à sua subsistência e de sua família, é certo afirmar que o ato constritivo é nulo, tendo em vista que a importância está protegida pela impenhorabilidade absoluta, conforme nova disposição do artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil." (Agravo Regimental em Agravo - N. 2011.010370-2/0001-00 - Campo Grande - Rel. Des. Josué de Oliveira – 07.06.2011 – 4ª Turma Cível).

Mais,

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – PENHORA ON LINE – MEDIDA EXCEPCIONAL – CONTA BANCÁRIA DESTINADA AO RECEBIMENTO DE SALÁRIO – IMPENHORABILIDADE – BLOQUEIO DE VALORES – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. A Lei assegura a impenhorabilidade absoluta do salário (artigo 649, IV, CPC), assim, inviável o deferimento de seu bloqueio e penhora em conta corrente, ainda que parcialmente." (Agravo - N. 2008.012531-3/0000-00 – Dourados - Rel. Des. Rêmolo Letteriello – 06.11.2008 – 4ª Turma Cível).

À luz destas considerações, conquanto comprovada a utilização da conta corrente onde foi levada a efeito a constrição de crédito para o recebimento de verbas de natureza alimentar (salário), entendo que são totalmente impenhoráveis os valores mencionados nos autos.

Dessarte, até pela controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, entendo que não seria possível o julgamento singular do recurso originário, posto que ausentes os requisitos exigidos pelo art. 557, *caput* do CPC.

Posto isso, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para o fim de reformar a decisão e determinar o regular processamento do agravo de instrumento.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (2º Vogal).

Acompanho o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 1º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 12 de setembro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4009349-95.2013.8.12.0000 – Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA APLICADA PELO PROCON/MS – DEMANDA JULGADA IMPROCEDENTE – DEVOLUÇÃO DA CAUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – DEPÓSITO DE VALOR LIBERADO EM FAVOR DO ESTADO – NECESSIDADE – PRINCÍPIO DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de setembro de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

MRV Engenharia e Participações S/A interpõe o presente agravo de instrumento contra r. decisão proferida pelo M.M. Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS que, nos autos da ação anulatória de multa aplicada pelo PROCON/MS ajuizada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, determinou que o valor depositado a título de caução fosse transferido para o FUNDECON ao invés de liberar tal montante em seu favor.

Argumenta que a decisão combatida merece reforma, uma vez que o depósito judicial realizado foi a título de caução, apenas para garantia do juízo nos autos do processo principal, e não como forma de pagamento da condenação imposta no feito.

Postula pela atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que os valores sejam liberados em seu favor e não transferidos para o FUNDECON.

Às fls. 208/210 concedi efeito suspensivo ao recurso, requisitei informações ao magistrado singelo e determinei a intimação do agravado para apresentação da contraminuta.

Informações prestadas às fls. 214/216.

Contraminuta às fls. 217/218.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator).

MRV Engenharia e Participações S/A interpõe o presente agravo de instrumento contra r. decisão proferida pelo M.M. Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS que, nos autos da ação anulatória de multa aplicada pelo PROCON/MS ajuizada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, determinou que o valor depositado a título de caução fosse transferido para o FUNDECON ao invés de liberar tal montante em seu favor.

Pretende a apelante, em síntese, a proibição do levantamento dos valores depositados na demanda anulatória, por ela ajuizada, em favor do apelado, sob o argumento de que o depósito em questão visou tão somente a garantia do juízo, não se tratando de depósito voluntário de pagamento do débito ali discutido.

A pretensão, contudo, não procede.

É sabido que a prestação de caução, mediante depósito em conta à disposição do juízo, é realizada como medida preventiva de garantia da dívida, utilizada como meio de previnir a satisfação futura da obrigação para com o credor no caso de, posteriormente, ser revogada a liminar ou julgada improcedente a ação em que se almejou a medida acautelatória.

Assim, a contracautela prevista no art. 804 do CPC possui natureza nitidamente indenizatória, pois *"o conteúdo da caução se liga ao dano que pode ser produzido pela execução da tutela cautelar e não ao bem objeto do litígio na ação principal, ou ao dano temido pelo autor da ação cautelar. "* (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart in Curso de Processo Civil, V. 4, Processo Cautelar, 3ª ED., 2011, p. 132).

A jurisprudência pátria vem sufragando entendimento no sentido de que a caução se presta tão somente a cobrir eventuais prejuízos decorrentes da liminar e não pode ser utilizada como forma de pagamento, senão quando pleiteado em reconvenção; contudo, o processo é concebido como instrumento para concretização de um direito material legítimo, motivo pelo qual deve pautar-se de modo a garantir este direito e não servir de obstáculo para a sua obtenção.

Nesse contexto, uma vez efetivado o depósito judicial, a quantia permanece indisponível e vinculada ao desfecho da ação, ou seja, à decisão singela proferida na ação principal, devidamente transitada em julgado.

Na hipótese vertente, nota-se que a autoridade judiciária de primeiro grau, após o decorrer da instrução processual, houve por bem julgar improcedente o pedido formulado pela ora autora daquela demanda, ora agravante, no sentido de considerar legítima a multa imposta pelo PROCON.

Deste modo, comprovada ser legal a sanção administrativa imposta à recorrente, outro caminho não há senão o de conceder a liberação do valor depositado em juízo em favor do Fundo de Defesa do Consumidor, mormente em respeito aos princípios da economia e da celeridade processual, já que a ausência do pagamento da dívida apenas obrigaria o recorrido a inscrever o débito em dívida ativa, para posterior ato executivo.

Nesse sentido:

> *"DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR EX OFFICIO. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO DE PARTE DO RECURSO. MÉRITO. LEGALIDADE DA RETENÇÃO DA MATRICULA DE ALUNO DESISTENTE.*

QUESTÃO JÁ DECIDIDA EM SEDE DE JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. DECISÃO JUDICIAL VINCULA AS DECISÕES PROFERIDAS PELO PROCON. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. MULTA APLICADA PELO PROCON POSSUI CARÁTER PEDAGÓGICO E SANCIONATÓRIO. INDEVIDA A DEVOLUÇÃO DA CAUÇÃO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) 6 - É notório que a devolução da caução somente é cabível nas hipóteses em que a ação é julgada procedente; caso contrário, a caução deve ser convertida em renda da Fazenda Pública, após o transito em julgado da sentença de mérito. 7 - Recurso de Apelação conhecido e improvido."

(TJ-ES; AC 24090196494; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Subst. Victor Queiroz Schneider; Julg. 06/03/2012; DJES 16/03/2012)

"APELAÇÃO. EXECUÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELO PROCON. EXISTÊNCIA DE AÇÃO ANULATÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEPÓSITO DO VALOR CONVERTIDO EM RENDA EM FAVOR DO PROCON. Propositura da execução após a sentença de improcedência da ação anulatória. Extinção da execução. Possibilidade. Sentença mantida. Recurso desprovido."

(TJ-SP; APL 9000048-12.2010.8.26.0014; Ac. 6450908; São Paulo; Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Amorim Cantuária; Julg. 22/01/2013; DJESP 05/03/2013)."

Portanto, primando pela efetiva prestação jurisdicional em face do formalismo processual, não vislumbro óbice à utilização do valor depositado a título de caução para pagamento dos títulos reconhecidamente válidos, na medida em que julgada improcedente a ação principal.

Antes as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Conclusão:

Diante de todo o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por MRV Engenharia e Participações S/A, contudo nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 26 de setembro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0002912-20.2011.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PERDAS E DANOS – SHOW CANCELADO – LEGITIMAÇÃO PASSIVA DO ARTISTA – ARTIGO 515, § 3º DO CPC – FATO DE TERCEIRO QUE NÃO SE APLICA AO CASO – BOA-FÉ CONTRATUAL – DANOS MATERIAIS COMPROVADOS – DANOS MORAIS INCABÍVEIS – RECURSO PROVIDO.

O cantor é parte legítima para responder pelo cancelamento de show, ainda que o contrato tenha sido assinado pelo seu representante.

Danos materiais devidos, enquanto os morais não restaram configurados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de agosto de 2013.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Nix Disco Ltda. ME apela da sentença que, na *obrigação de fazer* movida em face de MR Catra, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva (art. 267, VI, CPC), pois quem se comprometeu com a casa noturna foi o empresário do artista, Sr. Leonardo Oliveira de Souza, não podendo o cantor ser responsável pelo inadimplemento contratual. Sucumbência pelo apelante, honorários em 10% sobre do valor da causa (art. 20, § 4º, CPC).

Diz que o apelado é o único responsável pelo adimplemento da obrigação, em razão do seu caráter *intuitu personae* (show artístico), sendo certo que o seu representante assinou o contrato em seu nome. Pondera que artistas profissionais não fecham pessoalmente contratos, pois são representados por seus agentes, sendo patente a legitimidade passiva do apelado que deve ressarcir os prejuízos causados pelo não comparecimento ao local da apresentação. Caso mantida a sentença, requer a redução dos honorários advocatícios.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator).

Insurge-se a apelante contra a sentença que extinguiu a ação sem resolução de mérito, ante a ilegitimidade passiva *ad causam* do apelado Mr. Catra, porque não há qualquer prova de que o cantor tenha se obrigado pessoalmente a fazer o show na casa Nix Disco em Ponta Porã, eis que o contrato foi assinado por seu empresário.

Ao que se colhe, em 23.03.2011, a casa de show Nix Disco celebrou contrato com o cantor Mr. Catra para que o mesmo realizasse um show no dia 07.05.2011 em Ponta Porã (f. 21-3). Para tanto, efetuou o pagamento de metade do seu cachê (f. 24-5), locou o espaço para a apresentação (f. 27-8), informou o ECAD (f. 26) e providenciou propaganda (f. 33-8), ingressos (f. 41) e iluminação (f. 29/31).

Todavia, o artista deixou de comparecer, porque já tinha agendado uma apresentação na mesma data e hora em Goiânia/GO (f. 43).

Ajuizada a demanda, o magistrado entendeu que se trata de um contrato com a promessa de fato de terceiro, prevista no artigo 439 do CC, segundo o qual: *Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar.*

Seguindo este raciocínio, considerou que quem se comprometeu com a casa noturna foi o empresário do apelado, Sr. Leonardo, de modo que o cantor não é responsável pelo inadimplemento contratual, sendo parte ilegítima.

A sentença deve ser modificada.

Analisando detidamente o contrato de f. 21-3, verifica-se que o mesmo foi celebrado entre o próprio cantor Mr Catra e a casa de show, sendo que na linha de assinatura consta: MR CATRA PP/ LEONARDO OLIVEIRA.

O representante Leonardo apenas assinou o contrato pelo cantor e se agiu dessa forma é porque tinha poderes para tanto, não podendo tal fato servir para eximi-lo de cumprir o que restou acordado, sob a singela alegação de que dele não tinha conhecimento.

Em primeiro lugar, o documento foi redigido seguindo as orientações do cantor ou de sua equipe, basta ver as exigências previstas na cláusula 8, o foro de eleição e o local da assinatura (Rio de Janeiro), não podendo agora servir para beneficiá-lo em detrimento de quem com ele contratou imbuído de boa-fé.

Em segundo lugar, este entendimento coloca em risco as relações contratuais artística, na medida em que nenhum cantor/ator/escritor estaria obrigado a comparecer ao local da apresentação quando seu representante assinasse o contrato por ele.

Na verdade, a "Teoria do Fato de Terceiro" se aplica para os casos em que existam organizadores do evento, pois são eles que prometem ao público um fato (show) de terceiro (artista). Isso quer dizer que, diante do cancelamento, o consumidor deve acionar judicialmente o promotor/organizador e não o artista.

A situação clássica foi trazida pelo próprio magistrado à f. 30, ao citar o entendimento de Flávio Tartuce: (*...) O exemplo é um promotor de eventos que promete um espetáculo de um cantor famoso. Caso o cantor não compareça ao show, no melhor estilo Tim Maia, responderá aquele que fez a promessa perante o outro contratante.*

Portanto, não restam dúvidas de que o Sr. Mr Catra é parte legítima para figurar no polo passivo desta ação e deve responder pelos danos materiais decorrentes da sua conduta e de sua produção que agendou dois shows no mesmo dia e hora em cidades diferentes.

Considerando que o processo está em condições de imediato julgamento, passa-se a análise do seu mérito, nos termos do § 3º, do art. 515, do CPC.

Os gastos efetuados com locação de espaço para a apresentação (f. 27-8), propaganda (f. 33-8 e 79), ingressos (f. 41) e iluminação (f. 29/31) estão sobejamente demonstrados nos autos, totalizando R$ 23.559,00 (vinte e três mil, quinhentos e cinquenta e nove reais), já excluído o cachê do artista que foi devolvido (f. 96).

O apelado, por sua vez, não conseguiu provar qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivos do direito do autor, sequer explicou o motivo pelo qual agendou duas apresentações para o mesmo dia em cidades diferentes, dando causa ao danos buscados.

Quanto ao mais, apesar do descumprimento contratual, o fato, *de per se*, não caracteriza dano moral indenizável. Por certo o acontecido gerou insatisfação e inconformidade, porém destituído de outras circunstâncias que demonstrem maior repercussão em sua vida e que pudessem ensejar reparação na esfera por dano extrapatrimonial.

Veja-se:

> *"APELAÇÃO CIVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. URBANIZAÇÃO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. 1. SENTENÇA EXTRA PETITA. (....) 3. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. O mero inadimplemento contratual não gera, por si só, danos morais. Improcedência do pedido de indenização. Precedentes jurisprudenciais.(...)." (Ap. n. 70037368404, 18ª Câm., TJRS, Rel. Elaine Maria Canto da Fonseca, j. em 20.06.2013).*

Com esta decisão, a sucumbência deve ser invertida, mantendo os dez por cento (10%) de honorários fixados na sentença, porém sobre o montante da condenação.

Conclusão:

Pelo exposto, **voto por se dar provimento ao recurso** para tornar insubsistente a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito e, nos termos do artigo 515, § 3º e 269, I, ambos do CPC, **julgar parcialmente procedente o pedido** para condenar Mr. Catra ao pagamento de danos materiais no montante de R$ 23.559,00 (vinte e três mil, quinhentos e cinquenta e nove reais), acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária pelo IGPM/FGV desde os desembolsos (Súmula 43 STJ).

Pelo sucumbência, ele fica condenado no pagamento das custas processuais e honorários de 10% sobre o montante da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 06 de agosto de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0045138-60.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA APELAÇÕES CÍVEIS – COBRANÇA – PRESCRIÇÃO AFASTADA – SUICÍDIO OCORRIDO NO PERÍODO DE CARÊNCIA – INEXISTÊNCIA DA PROVA DE PREMEDITAÇÃO – ÔNUS DA SEGURADORA – DANO MORAL – NÃO VERIFICADO – SUCUMBÊNCIA INVERTIDA – RECURSO SEGURADORA NÃO PROVIDO E DOS SEGURADOS PARCIALMENTE PROVIDO.

O anterior ajuizamento de medida cautelar de exibição de documentos, preparatória da ação de cobrança, interrompe o prazo prescricional.

Ocorrendo o suicídio do segurado no período de carência, os beneficiários só não serão indenizados se a seguradora comprovar que houve premeditação.

Compete a quem deu causa à lide arcar com os ônus sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso de Elza Telles e negar provimento ao de Metropolitan , nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de setembro de 2013.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Elza Telles Cavalcante e outros e Metropolitan Life Seguros & Previdência Privada S.A. interpõem *apelações* (f. 264-71 e 273-88) contra sentença (f. 253-60) que, na *ação de cobrança* movida pelos primeiros em face da segunda, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa de Renan Telles Porfírio e acolheu a de ilegitimidade passiva da apelada Dixer Distribuidora de Bebidas S.A. e julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar a seguradora ao pagamento da indenização securitária de R$ 31.667,52 e de R$ 3.000,00 referentes à assistência funeral, corrigidas pelo IGPM-FGV desde a negativa do pagamento (01.09.2009) e juros de 1% a parti da citação, observados os percentuais de 35% para Renan e Elza e 30% para Geraldo nos termos da declaração de beneficiários de f. 50 da ação cautelar de exibição 0021207-28.2012. Sucumbência recíproca em 50% das custas para cada parte e os honorários deverão ser compensados.

Os primeiros recorrentes sustentam que a seguradora deve ser condenada ao pagamento de danos morais em razão dos prejuízos e desgastes de ordem moral, tendo em vista a negativa em pagar o valor do

seguro e reembolsar as despesas com o funeral e, ainda, arcar sozinha com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes devendo ser fixados em 20% sobre a condenação.

A segunda alega prescrição da pretensão e que não cabe a indenização do seguro, tendo em vista haver exclusão de cobertura para suicídio no prazo de carência de 2 (dois) anos, nos termos do artigo 798 do Código Civil.

Contrarrazões à f. 315-28 e 330-42.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator).

Os apelantes se insurgem contra a sentença em que se rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa de Renan Telles Porfírio e acolheu a de ilegitimidade passiva da apelada Dixer Distribuidora de Bebidas S.A. e julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar a seguradora ao pagamento da indenização securitária de R$ 31.667,52 e de R$ 3.000,00 referentes à assistência funeral, corrigidas pelo IGPM-FGV desde a negativa do pagamento (01.09.2009) e juros de 1% a partir da citação, observados os percentuais de 35% para Renan e Elza e 30% para Geraldo nos termos da declaração de beneficiários de f. 50 da ação cautelar de exibição 0021207-28.2012. Sucumbência recíproca em 50% das custas para cada parte e os honorários deverão ser compensados.

Em razão da prejudicial de mérito inverte-se a análise dos recursos.

Apelação da seguradora - prescrição.

Razão não lhe assiste, pois o sinistro ocorreu em 24.02.2009 e em razão da negativa da seguradora em pagar a indenização, pelo fato de a morte ter sido por suicídio e no período de carência do seguro (f. 70), ter se dado em 15.06.2009 o lapso trienal par ajuizamento da ação de cobrança se encerraria em 15.06.2012.

Ocorre que antes de expirar o prazo os beneficiários ajuizaram ação cautelar de exibição de documentos em 25.04.12 (f. 31), fato que interrompeu a prescrição a teor do artigo 202 do Código Civil.

Nesse sentido:

> *"Art. 202: 4a. Também se interrompe a prescrição pela citação no processo cautelar (RT 588/106) "O despacho do juiz que determina a citação na ação cautelar preparatória tem o condão de interromper o prazo prescricional referente à pretensão principal a ser futuramente exercida (art. 202, I, do novo CC)" (STJ 3ª T., Resp 822.914, Min. Gomes de Barros, j. 1.6.06). No mesmo sentido: STJ-5ªT., Resp 949.204-Edcl, Min. Arnaldo Esteves, j. 17.3.09, DJ 6.4.09. (Código Civil, 29ª, Ed. Saraiva, pág. 110, Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli)*

Assim, como a ação de cobrança foi protocolizada em 15.08.2012 (f. 02), não há falar em sua ocorrência.

Em caso semelhante:

> *"PROCESSO CIVIL. REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PRELIMINAR. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. OFENSA CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO. ART. 202, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL. INTERPOSIÇÃO DE AÇÃO CAUTELAR DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA ANTERIOR À AÇÃO PRINCIPAL INDENIZATÓRIA.*

1. Há ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem deixa de se manifestar, expressamente, sobre questão suscitada nos autos e relevante para o julgamento da causa.

2. Tendo o agravado intentado ação cautelar de justificação prévia imprescindível à ação indenizatória posteriormente proposta, a regra da interrupção prescricional, contida no parágrafo único do art. 202 do Código Civil, torna-se relevante para o deslinde da lide. 3. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO." (AgRg no Ag 1376006/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, j. 05/04/2011). destacado

Da exclusão da cobertura por suicídio no prazo de carência.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as regras contratuais referentes aos contratos de seguro de vida devem ser interpretadas com base nos princípios da boa-fé e da lealdade contratual, não se revelando justa a interpretação literal do artigo 798 do CC (que foge a sua finalidade e alcance) no caso de suicídio do segurado ocorrido nos primeiros 02 (dois) anos da celebração do pacto.

A regra prevista no mencionado dispositivo legal foi instituída com a finalidade de impedir fraude contra a seguradora, de modo que para o seu reconhecimento torna necessária a comprovação da má-fé decorrente da premeditação.

Nesse sentido:

"SALVO SE TIVER HAVIDO PREMEDITAÇÃO, O SUICÍDIO DO SEGURADO NO PERÍODO CONTRATUAL DE CARÊNCIA NÃO EXIME O SEGURADOR DO PAGAMENTO DO SEGURO. (Súmula 105 do STF).

O SEGURO DE VIDA COBRE O SUICÍDIO NÃO PREMEDITADO." (Súmula 61 do STJ).

Ainda:

"DIREITO CIVIL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. ART. 798 DO CC/02. INTERPRETAÇÃO LITERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE BOA FÉ DO SEGURADO. PROVA DA PREMEDITAÇÃO. NECESSIDADE.

As regras relativas aos contratos de seguro devem ser interpretadas sempre com base nos princípios da boa-fé e da lealdade contratual. Essa premissa é extremamente importante para a hipótese de indenização securitária decorrente de suicídio, pois dela extrai-se que a presunção de boa fé deverá também prevalecer sobre a exegese literal do art. 798 do CC/02.

O biênio previsto no art. 798 do CC/02 tem como objetivo evitar infindáveis discussões judiciais a respeito da premeditação do suicídio do segurado, geralmente ocorrido anos após a celebração do contrato de seguro. À luz desse novo dispositivo legal, ultrapassado o prazo de 02 anos, presumir-se-á que o suicídio não foi premeditado, mas o contrário não ocorre: se o ato foi cometido antes desse período, haverá a necessidade de prova, pela seguradora, da premeditação.

É desrazoável admitir que, na edição do art. 798 do CC/02, o legislador, em detrimento do beneficiário de boa-fé, tenha deliberadamente suprimido o critério subjetivo para aferição da premeditação do suicídio. O período de 02 anos contido na norma não deve ser examinado isoladamente, mas em conformidade com as demais circunstâncias

que envolveram sua elaboração, pois seu objetivo certamente não foi substituir a prova da premeditação do suicídio pelo mero transcurso de um lapso temporal.

O planejamento do ato suicida, para fins de fraude contra o seguro, nunca poderá ser presumido. Aplica-se à espécie o princípio segundo o qual a boa-fé é sempre pressuposta, enquanto a má-fé deve ser comprovada.

Há de se distinguir a premeditação que diz respeito ao ato do suicídio daquela que se refere ao ato de contratar o seguro com a finalidade única de favorecer o beneficiário que receberá o capital segurado. Somente a última hipótese permite a exclusão da cobertura contratada, pois configura a má-fé contratual.

Recurso especial provido." (REsp. 1188091/MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, j. em 26/04/2011).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGUROS. SUICÍDIO.INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 798 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ NA CONTRATAÇÃO. PREMEDITAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. IMPROVIMENTO.

1.- Nas hipóteses relativas aos contratos de seguro, a presunção de boa-fé deve prevalecer sobre a exegese literal do artigo 798 do Código Civil. Incidência da Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça.2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.3.- Agravo Regimental improvido." (AgRg no AREsp 83109/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, 3ª TURMA, j. em 07/02/2012).

Na hipótese, entende-se inaplicável o disposto no artigo 798 do CC, porquanto, a despeito de o suicídio ter ocorrido dentro do prazo de carência, o contrato é de natureza coletiva e houve adesão a ele pelo segurado em razão do emprego, o que afasta qualquer alegação de premeditação.

Assim, ante a ausência de comprovação da má-fé do segurado que cometeu suicídio, não há falar em exclusão do pagamento da indenização.

Do recurso de Elza e outros – danos morais.

Razão não lhes assiste, pois a negativa da seguradora baseou-se em cláusula contratual e previsão no Código Civil, o que descaracteriza a ilicitude do ato e afasta o dever de indenizar por dano moral.

Como bem observou o magistrado de primeiro grau à f. 260:

"(...) Os alegados danos morais não se verificam no caso em exame, porquanto, embora os autores tenham direito à indenização securitária, a recusa da seguradora se pautou em cláusula contratual. (...)

Dessa maneira, os autores sofreram meros dissabores que não podem ser alçados a danos morais indenizáveis.".

Da sucumbência.

Aqui, prospera a irresignação.

É que, apesar de não ter sido vencedor em toda a demanda, constata-se que seus pedidos principais eram os pagamentos do prêmio total do seguro em razão da morte do segurado e do serviço de assistência funeral, devidamente corrigidos, os quais foram julgados procedentes.

Ademais, diante do fato de a seguradora ter dado causa a demanda deve ser invertida a sucumbência e os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação nos termos do § 3º do artigo 20 do CPC, ficando responsável por tal ônus integralmente.

Conclusão:

Ante o exposto, **voto por se negar provimento** ao recurso da seguradora e **dar parcial** ao de Elza Telles Cavalcante e Outros para que seja invertida a sucumbência, devendo a Metropolitan Life Seguros & Previdência Privada S.A. arcar com esse ônus integralmente, ficando mantida a sentença nos demais aspectos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 24 de setembro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0801253-82.2011.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA APELAÇÕES CÍVEIS – INDENIZATÓRIA – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – MORTE DA VÍTIMA – NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO – CULPA COMPROVADA – REPARAÇÃO DEVIDA – TERMO INICIAL DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA NOS DANOS MORAIS – PENSÃO MENSAL – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Extraindo-se da prova coligida elementos seguros que apontem responsabilidade pelo acidente, impõe-se a condenação do causador pelo ressarcimento dos danos.

É devida a indenização por danos morais à companheira do falecido em decorrência de acidente de veículo, fixada em termos razoáveis.

O benefício previdenciário não obsta a fixação da pensão a título de danos materiais por possuir natureza jurídica distinta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de agosto de 2013.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Trata-se de apelações (f. 425-35 e 439-48, respectivamente) interpostas por Zelito Alves Ribeiro e Neila Gonçalves dos Santos contra sentença (f. 401-19) que, na *ação de indenização por danos materiais e morais* movida pela segunda em face do primeiro, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condená-lo a pagar à segunda indenização por danos morais no valor equivalente a 100 salários-mínimos mensais vigentes na data da sentença (24.08.2012)[1] corrigido pelo IGPM e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a mesma data até o efetivo pagamento e a uma pensão mensal equivalente a 2/3 de um salário-mínimo, desde a data do óbito de Tibúrcio Cardoso dos Santos, até a data em que este completaria 65 anos de idade, de modo que as parcelas vencidas serão pagas de uma só vez, acrescidas de correção monetária pelo IGPM-FGV e juros moratórios de 1% ao mês desde o evento danoso. Custas, despesas processuais e honorários, estes fixados em 10% da condenação pelo primeiro apelante.

1 Salário-mínimo em 24.08.2012 = R$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais)

Zelito sustenta: I) inexistência de nexo de causalidade entre o acidente e a causa da morte do companheiro da apelada; II) que a indenização pelo dano moral deve ser reduzida para R$ 25.000,00; e, III) a exclusão da condenação à pensão mensal em razão da inexistência de prova de que a recorrida não receba benefício do INSS pela morte do companheiro e, em caso de sua manutenção, que os juros e a correção monetária sejam a partir da citação.

Neila afirma que a indenização por danos morais deve ser majorada para 500 salários-mínimos e que a pensão seja paga até a data em que completar 70 anos de idade. Ao final, prequestionam dispositivos legais e requerem o provimento dos seus recursos.

Contrarrazões de Neila às f. 453-62.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator).

Os recorrentes insurgem-se contra a sentença em que se julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar o primeiro a pagar a segunda uma indenização por danos morais no valor equivalente a 100 salários-mínimos mensais vigentes na data da sentença (24.08.2012)[1] corrigido pelo IGPM e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, desde a mesma data até o efetivo pagamento e a uma pensão alimentícia mensal equivalente a 2/3 de um salário-mínimo, desde a data do óbito de Tibúrcio Cardoso dos Santos, até a data em que este completaria 65 anos de idade, de modo que as parcelas vencidas serão pagas de uma só vez, devidamente atualizadas.

Consta dos autos que em razão de um acidente de trânsito ocorrido entre uma motocicleta e um caminhão, o qual não deu preferência ao primeiro veículo que transitava pela sua direita, a recorrente Neila Gonçalves ficou gravemente ferida e seu companheiro veio a óbito.

Do recurso de Zelito.

Não prospera a alegação de inexistência de nexo de causalidade entre o acidente e a causa da morte do companheiro da apelada, pois no laudo de exame de corpo de delito (f. 246-7) consta como causa da mort: *infecção generalizada (sepse) decorrente de traumatismo crânio-encefálico (TCE)* em razão de *ação contundente*.

Portanto, a infecção generalizada se deu diante da gravidade do trauma inicialmente sofrido com o acidente, de modo que se não fosse por ele o *de cujus* não teria vindo a óbito, o que afasta a alegação do recorrente de que a morte seu deu em virtude de causas estranhas ao sinistro.

Ademais, em momento algum se falou em infecção hospitalar e sim infecção generalizada decorrente de traumatismo crânio-encefálico (TCE) originada no acidente automobilístico noticiado.

Na sentença o magistrado de primeiro grau asseverou:

> *"(...) No caso em apreço, restou evidente que a infecção generalizada que acometeu o falecido se mostrou desdobramento natural da lesão inicialmente sofrida, de forma que não possui o condão de quebrar o liame existente entre o ato ilícito e o resultado morte. É dizer, apenas houve uma evolução negativa e natural dos ferimentos que, infelizmente, acabou por culminar na morte da vítima."*

1 Salário-mínimo em 24.08.2012 = R$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais)

Assim, resta demonstrado o nexo de causalidade, fato que caracteriza o dever de indenizar.

Do *quantum* indenizatório do dano moral.

Este tópico será analisado conjuntamente em face da insurgência recíproca.

A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em um meio de enriquecimento sem causa para o ofendido, com manifestos abusos e exageros, e nem para o desprestígio do Poder Judiciário, com condenação em valores irrisórios, devendo o arbitramento operar-se com moderação e proporcionalidade ao grau de culpa e a extensão do dano causado.

A jurisprudência já solidificou entendimento no sentido de que a particularidade, a extensão do gravame advindo da ação ilícita e a condição econômica da vítima (funcionária pública) e do ofensor (pecuarista) devem ser minuciosamente apreciadas no momento da estipulação do *quantum* indenizatório, para que seja evitado o enriquecimento sem causa, de modo que 100 salários-mínimos vigentes à data da sentença (24.08.2012) se mostram suficientes para atender suas finalidades.

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DE CÔNJUGE. DANO MORAL. VALOR. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso.* ***Dessa forma, não se mostra desproporcional a fixação em cem (100) salários mínimos a título de reparação moral decorrente da morte do marido da autora/recorrida,*** *de modo que a sua revisão também encontra óbice na Súmula 7/STJ, por demandar o vedado revolvimento de matéria fático-probatória. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag 1423661/CE, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. em 19.06.2012). Destacado.*

Da pensão mensal.

Razão não lhe assiste quando pretende sua exclusão, pois o benefício previdenciário não é suficiente para afastá-la nem para reduzir o valor fixado, visto serem prestações que possuem natureza jurídica distinta. O primeiro é assegurado pelo direito comum e o segundo pela Previdência Social.

Com referência a alegação de que inexiste prova de que a recorrida Neila não recebe pensão do INSS pela morte do companheiro, deve ser mantida a sentença que consignou:

> *"(...) a alegação de que a requerente não faz jus ao recebimento de indenização material porque já estaria recebendo uma pensão do INSS, pela morte do companheiro Tibúrcio, absolutamente improcede.*
>
> *Não há nos autos qualquer comprovação de que a autora recebe alguma pensão do INSS e, mesmo que houvesse, tal pensionamento não impediria a fixação de pensão mensal pela ocorrência do acidente descrito na inicial, posto que, como é cediço, o pagamento de pensão pelo INSS não descaracteriza o dever de indenizar do requerido, pois a Súmula 229 do STF prevê que: "A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador, podendo ser cumuladas".*

No que se refere à correção monetária, considerando que para estabelecer a indenização das parcelas vencidas, o magistrado de primeiro grau adotou o valor equivalente a 2/3 de um salário-mínimo desde a época do óbito de Tibúrcio Cardoso dos Santos, é evidente que se não aplicada a correção monetária (que não se trata de um *plus* e se adiciona ao capital, mas sua atualização no tempo) também do momento do evento danoso, haverá indevida manutenção do valor até que posteriormente venha a ser corrigido. (Súmula 43 do STJ[2]).

Acresça-se que este Tribunal vem entendendo que, se a condenação estabelece o valor equiparado ao salário-mínimo da época do evento, a correção monetária deve ser também da mesma data.

Quanto aos juros de mora, deverão incidir desde a data do acidente, a teor da Súmula 54 do STJ[3].

Da apelação de Neila Gonçalves dos Santos.

A questão envolvendo o valor de indenização por danos morais já foi apreciada.

Com relação ao pedido para que receber a pensão mensal até a idade de 70 anos, deve ser mantida a sentença, haja vista sua fundamentação estar de acordo com a jurisprudência do STJ, limitando o pagamento da pensão até quando o *de cujus* iria completar 65 anos de idade.

Nesse sentido:

> *"RECURSOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PENSÃO POR MORTE DE FILHO COM 17 ANOS. 13º SALÁRIO. TAXA DE JUROS LEGAIS MORATÓRIOS APÓS O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL. TAXA SELIC. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.*
>
> *1. e 2. (...);.*
>
> *3. Concessão de pensão por morte em favor da mãe da vítima adolescente, fixada inicialmente em dois terços do salário mínimo, a partir da data do óbito até o dia em que completaria 65 anos de idade, reduzindo-se para um terço do salário mínimo a partir do momento em que faria 25 anos de idade. Aplicação da Súmula 491 do STF na linha da jurisprudência do STJ.*
>
> *4. 5. e 6. (...);*
>
> *7. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS." (REsp 1279173/SP, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 3ª. TURMA, j. em 04/04/2013) (destacado).*

Por derradeiro e quanto aos prequestionamentos, esta Corte tem entendido ser desnecessária a manifestação expressa dos dispositivos legais utilizados para a conclusão do julgamento, bastando que as matérias postas em discussão tenham merecido apreciação judicial.

Conclusão:

Pelo exposto, **voto por se negar provimento** a ambos os apelos.

2 " Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo".

3 Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 13 de agosto de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0004347-69.2010.8.12.0017 – Nova Andradina
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ASSÉDIO MORAL – NÃO COMPROVADO – ÔNUS DA PROVA DO AUTOR – ART. 333, I, DO CPC – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS –RECURSO IMPROVIDO.

Não demonstrado nos autos o assédio moral, mas apenas a existência de cisão política entre os litigantes, geradora de mero aborrecimento, mantém-se a sentença que julgou improcedente o pedido de dano moral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 25 de julho de 2013.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Ary Tavares Rezende Filho interpõe recurso de apelação cível em face da sentença que julgou improcedente a *Ação de Indenização por Danos Morais* por si ajuizada contra Alexandre Pierezan.

Assevera que o apelado, então diretor de Campus da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campus de Nova Andradina -, vem sofrendo assédio moral, porquanto o réu recusava a assinar a folha de ponto do autor em ocasiões específicas, enviava sistematicamente CI´s ao autor no propósito de pertubá-lo, atribuiu a nota 3,2 ao autor, sendo que no ano anterior sua nota teria sido 9,4, bem como denegou solicitações para disponibilização de veículos oficias para realização de suas pesquisas. Acrescentou passar a sofrer de depressão pela situação, persistindo pela quantia de R$50.000,00 (cinquenta mil reias), pelo dano moral lhe causado.

Defende que o recorrido foi inclusive destituído do cargo após a universidade ter reconhecido a prática de assédio e que, mesmo diante das inúmeras provas juntadas ao processo, quais sejam, documentais, testemunhais, o magistrado de piso decidiu erroneamente pela improcedência do pedido indenizatório, o que impõe a reforma da sentença impugnada.

Assim, requer seja o recurso provido para condenar o apelado no pagamento de indenização por danos morais em razão do assédio moral por ele praticado e, caso o Colegiado não entenda dessa forma, pede sejam os honorários advocatícios reduzidos para patamar condizente com a complexidade do feito.

Contrarrazões às fls. 448-481, pelo improvimento do recurso em todos os termos mantendo a decisão de primeiro grau.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator).

Trata-se do recurso de apelação interposto por Ary Tavares Rezende Filho, inconformado com a sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório por si formulado contra Alexandre Pierezan.

O apelante sustenta que a sentença necessita de reforma, visto que o apelado praticou atos de extremo desrespeito e assédio moral contra si, utilizando-se do manto do cargo de direção no Campus Nova Andradina da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, para persegui-lo e ameaçá-lo de exoneração do cargo de professor.

Argumenta que a própria universidade destituiu o recorrido do cargo em virtude da prática de assédio moral, e que as inúmeras provas juntadas ao processo, quais sejam, documentais, testemunhais e gravação em áudio, são claras quanto a ocorrência dos fatos narrados na inicial.

Requer a condenação do recorrido no pagamento de indenização por danos morais; se isso não ocorrer, requer a redução dos honorários advocatícios arbitrados.

O apelante era professor da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - Campus Nova Andradina -, sob o regime de dedicação exclusiva, onde assumiu o cargo desde 2008, passando a ser vítima do réu após o mesmo ter sido escolhido Diretor do Campus de Nova Andradina, momento a partir do qual teriam se iniciado as atitudes de desrespeito e de assédio moral por parte do apelado e o distanciamento da real finalidade de dirigente e as atividade docentes realizadas pelo autor prejudicadas, até pela impossibilidade de uma comunicação direta.

Apesar dos argumentos ventilados pelo apelante em seu recurso, tenho que incensurável a sentença, ao julgar improcedente a pretensão do autor apelante.

É que as provas carreadas aos autos - documentais, testemunhais e gravação em áudio -, evidenciam a existência de acirrada divergência de opinião entre as partes, no que diz respeito à política interna da instituição em que trabalham, sem, contudo, configurar o suposto assédio moral sofrido pelo recorrente.

Analisando os documentos juntados ao processo, nota-se que as correspondências internas (CI's) de fls. 35-40, 43, 60-62 não têm o condão de caracterizar a alegada perseguição ou intuito de desqualificação pública do professor autor, na medida em que se trata de pedidos de providências e de esclarecimentos formulados pela Diretoria e pela Coordenadoria do Campus local acerca de eventos, que não causam ofensa ao apelante ou destoam dos procedimentos internos da instituição no tocante à supervisão das atividades executadas pelos professores.

Em um dos eventos apurado à f. 35, o fato consistiu no abastecimento de combustível de viatura oficial da UFMS, no Auto Posto Perobinha, sem a devida requisição junto à Direção do CPNA, nem através de ofício perante a Prefeitura de Nova Andradina. A Direção do CPNA desconhece os motivos e os serviços que a viatura HQH 8786, veículo Fiesta, de cor branca, na data de 01/04/2009, estava realizando naquele município (Nova Andradina), pois não houve contato com os servidores do Setor Administrativos do CPNA. O abastecimento, por sua vez, foi autorizado por alguém que se apresentou como da UFMS-Ari, que não obteve legitimidade, no caso, tanto institucional e funcional, para referir tal autorização.

Analisando essas provas e atento às circunstâncias em que ocorreram os fatos, entendo que os esclarecimentos solicitados pelo apelado não podem ser interpretados pura e simplesmente como de perseguição, uma vez que houve justificativa para todos os atos; também não podem ser descritos como de desqualificação do autor recorrente.

Pelos depoimentos colhidos em juízo constata-se que o fato narrado pelo autor se constitui, quando muito, em mero aborrecimento, incapaz de gerar dano moral.

Às f. 286-290, por exemplo, a testemunha Ezio Luis da Rocha Bittencourt relata que não houve quebra de hierarquia na instituição, uma vez que todos os servidores fazem parte desta, quando assumem os diversos cargos. Veja-se parte do depoimento:

> *"(...) J: Quem era o diretor na época?*
>
> *D: O professor Alexandre, Doutor Alexandre Pierezan. Então rapidamente aconteceu o impasse, uma situação do Campus e uma semana depois já estava solucionado.*
>
> *A: Se eles solucionaram isso através de diálogo, Excelência. Foi chegado assim a uma conclusão de diálogo?*
>
> *D: Sim, foi levado para o Conselho de Campus, inclusive nem entrou na pauta, que eu fiz questão. Que nós temos um processo de discutir no Conselho de Campus, se nós fizermos uma deliberação, a gente coloca na conclusão de pauta. Não foi feito. Depois, de uma forma muito amigável e, no início de uma conversação, já foi solucionado o problema. Se não tivesse sido eu teria, na qualidade de conselheiro e representante dos professores em pauta exigido uma deliberação. Não foi necessário. (...).*
>
> *J: O Doutor Alexandre tinha por norma fazer todas as comunicações por escrito?*
>
> *D: Sim (...).*
>
> *J: O Professor Ary tinha algum relacionamento com a reitoria que não fosse ali a docência ou alguns assuntos administrativos em si?*
>
> *D: Ele tinha e tem né? Ele é amigo íntimo da reitoria e eu não presenciei ele fazendo essa declaração, mas no outro depoimento, de um colega meu, ele é bem claro e diz, o Professor Ary diz, que é amigo da reitora e quem quer facilidade tem que se aproximar dele. Está escrito na declaração de um outro professor. Eu não escutei, mas o outro sim. É declaração em juízo de um outro professor.*
>
> *A: e, se dessa amizade com a reitora, Excelência, surgiu o benefício para o autor e seu grupo.*
>
> *D: Olha, eu não sei se dessa amizade, mas benefícios tem. Algumas facilidades eu não sei se é dessa relação restrita. Se pode dizer que é da reitora ou do pró-reitor, enfim, mas que alguns procedimentos são facilitados e enquanto para outros, para outros grupos são mais dificultosos.*
>
> *(...)*
>
> *A: O professor Ary hoje ele preferia se dirigir à reitoria do que ao Professor Alexandre?*
>
> *J: era necessário que o Professor Ary se dirigisse inicialmente ao diretor e, posteriormente, à reitoria ou poderia ser direto?*

D: Não pode haver quebra de hierarquia. Nós temos uma hierarquia na instituição e diversos órgãos que vão subindo. Inicialmente, depende do que ele queria como solicitação. Mas, em princípio, dentro do colegiado dele, ao diretor de Campus e depois outras intituições. O que não pode vir de cima para baixo sem as bases serem consultadas."

A testemunha Marcelino de Andrade Gonçalves, às f.291-294, apesar de amigo íntimo do apelante, comprova em seu depoimento que nada houve de relevância:

"(...) J: Requerente?

Au: Se ele tem conhecimento de ameaças que eram feitas ao autor?

D: No caso, nas conversas que a gente teve com o Professor Ary, era sempre no sentido dos constrangimentos que ele vinha passando. Acho que, no meu ponto de ver, além das relações mais tensas aí de, posso dizer, tempestuosas, é o principal ponto foi a nota de avaliação do professor. Que ele até frequenta a minha casa e aí foi se repetindo essas coisas durante um tempo, não ficou muito bem depois da nota que ele tirou,achou que ia ser demitido, essas coisas. Acho que a parada mais séria foi essas, as outras eram, acho que não tinha nada a ver não."

O apelante teve a liberdade de expressar seu ponto de vista sobre diversos assuntos, inclusive enfrentando veementemente as colocações do apelado que não lhe pareciam oportunas, não demonstrando qualquer constrangimento ou sofrimento em virtude de assédio moral.

Analisadas todas estas considerações, concluo que a situação experimentada pelas partes parece mais uma clara dissidência de ideias sobre a política interna da Universidade, o que inclusive é salutar no ambiente acadêmico, do que qualquer tipo de perseguição séria de réu contra o autor.

Portanto, não há prova nos autos da ocorrência de dano moral. Essa prova, aliás, era de incumbência do autor (art. 333, I, do CPC), que, no entanto, não se incumbiu desse ônus.

Também mantenho os honorários fixados pela juíza *a quo*, de R$ 2.000,00 (dois mil reais), porquanto a quantia se apresenta módica, pelo trabalho desenvolvido pelo *ex adverso*.

Conclusão:

Posto isso, conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 25 de julho de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n.0363388-10.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CONTA CORRENTE CONJUNTA – DÍVIDA DA COTITULAR EM RAZÃO DE SUA CONDIÇÃO DE SÓCIA DA EMPRESA DEVEDORA PRINCIPAL À ÉPOCA DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO FISCAL – PENHORA *ON LINE* – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE SOLIDARIEDADE DA DÍVIDA EXECUTADA ENTRE AS TITULARES DA CONTA CORRENTE – RECURSO IMPROVIDO.

Provado que o valor depositado em conta corrente pertence única e exclusivamente à cotitular da conta corrente conjunta que não figura como parte na execução fiscal, a constrição *on line* para penhora do numerário é ilegal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de julho de 2013.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença que acolheu pedido formulado por Antonietta Maria Pessina na ação de embargos de terceiro e desconstituiu penhora *on line* ocorrida no dia 30.09.2008, em numerário depositado na conta corrente n. 00967-1, da agência n. 3789, do Banco Itau S/A em nome desta, realizada nos autos de execução fiscal n. 0014501-73.2005.8.12.0001, interpõe recurso de apelação.

Alega que como a conta corrente tem diversos titulares, o valor que nela está alojado esta disponível para qualquer deles, indistintamente, ainda que tenha sido amealhado apenas por um dos correntistas, integralizando o ***patrimônio conjunto dos titulares*** (f. 480) e, por via de consequência, ***perde o caráter de exclusividade*** (f. 480 v.) daí a legitimidade da penhora do dinheiro para quitar débito de Bruna Pessina, co-titular da referida conta e devedora solidária com a empresa Movema, de tributos ora em execução.

Contrarrazões às f. 487-493.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator).

Antonietta Maria Pessina propôs embargos de terceiro com propósito de desbloquear o valor de R$ 164.876,92 constritado nos autos da execução fiscal proposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra Movema - Motores e Veículos de Mato Grosso do Sul e os sócios da dita empresa, dentre os quais Bruna Pessina, filha da embargante apelada.

A embargante alegou que o numerário penhorado da conta corrente n. 378900967-1, do Banco Itaú Personalité, é de sua única e exclusiva titularidade. É fruto da venda, em 24.03.2000, de imóvel matriculado sob n. 52192 do 15º Cartório do Serviço de Registro de Imóveis de São Paulo, pela quantia de R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), cujo numerário é o garantidor de sua subsistência desde então.

Registrou que ***Bruna Pessina somente passou a integrar a conta-conjunta em 29/07/2008, e não como sócia da conta, mas pelo fato da Embargante contar com 84 (oitenta e quatro) anos de idade e ter dificuldades de locomoção, agravadas pelas condições de uma cidade caótica como São Paulo*** (f. 04).

Solicitadas informações da instituição financeira acerca do ingresso de Bruna Pessina como cotitular da conta corrente aberta por Antonietta Maria Pessina em 29.07.2008, dela desligando-se em 25.11.2008 (f. 370), além de encaminhar extratos bancários dando conta de que antes do ingresso da cotitular já havia elevada quantia depositada pela titular.

Com a instrução do feito a sentença foi proferida, com o acolhimento do pedido de desbloqueio do numerário formulado pela embargante, gerando a irresignação do poder público, com argumento de que quando se trata de conta conjunta há a descaracterização da individualidade dos que a integram e cria um patrimônio único.

Para dar guarida ao pleito reformista o Estado cita precedente do STJ – RE 1.229.329, relatado pelo Min. Humberto Martins, que admite a penhora nos moldes como a ocorrida no caso em apreço.

No entanto, em que pese o procedente favorável a tese do apelante outra há em sentido oposto, veja-se:

> *"(...) O tribunal de origem, ao permitir a penhora na integralidade da conta corrente conjunta entre o devedor e terceiro (ora recorrente), presumiu entre eles solidariedade jurídica, pelo mero fato de terem acesso à conta e às quantias integrais, indiscriminadamente, ante previsão contratual do banco de se tratar de conta nomeada "solidária".*
>
> *Não obstante, a determinação contratual do nome da conta conjunta não pode influenciar na natureza das relações jurídicas e obrigacionais entre os correntistas, e deles com terceiros. Assim sendo, impossível a presunção da solidariedade entre eles, quando assim não determinado pela lei.*
>
> *Nesse sentido, ensinam os Professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:*
>
> *"A regra geral das obrigações com pluralidade de sujeitos é a de que cada devedor só se obriga pela sua parte e cada credor tem direito a uma parte da prestação. A exceção a essa regra deve ser prevista de forma expressa pela lei. Essa é a razão pela qual a solidariedade não se presume. A solidariedade é, portanto, excepcional e como tal comporta interpretação restritiva, seja ativa, passiva ou mista (...)" (Código Civil Comentado, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pg. 347).*

Ora, se o terceiro de boa-fé, ora recorrente, não é solidário na obrigação, não tendo sequer participado dela, não é possível presumir-se sua solidariedade com o devedor somente pelo fato de possuir com ele conta-conjunta, de tipo bancário "solidária".

A nomenclatura bancária, diga-se, específica do Banco Unibanco, não pode, de qualquer maneira, vincular a natureza jurídica das relações entre os correntistas.

Ademais, esta Corte já decidiu no sentido de que, se desconhecida e não provada a parcela real de cada correntista na conta, presume-se que cada um detenha 50% do montante total da mesma.

Veja-se: "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PENHORA 'ON LINE'. CONTA CONJUNTA. BLOQUEIO DE METADE DO VALOR DISPONÍVEL. POSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO. I - Recaindo a penhora sobre contas bancárias conjuntas, não havendo prova em contrário, presume-se que cada titular detém metade do valor depositado, não se podendo inquinar de teratológica ou manifestamente ilegal, a decisão que permite a constrição de 50% dos saldos existentes, pertencentes à executada, co-titular. (...) Agravo Regimental improvido. (AgRg no AgRg na Pet 7.456/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 26/11/2009 - grifo nosso).

Se não há provas da parcela real pertencente a cada um dos correntistas, na esteira do que já decidiu esta Corte, é de se considerar que cada um possua 50% do valor total lá depositado.

Assim sendo, ante a impossibilidade de presumir-se a solidariedade entre o recorrente e o devedor, e presumindo-se que cada um detenha metade do valor total da conta, a penhora só poderá recair sobre os 50% da conta, correspondentes à parcela pertencente ao devedor, e não ao terceiro de boa-fé, ora recorrente.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial (art. 557, §1º-A, do CPC), para reformar o acórdão recorrido e reconhecer a ilegalidade da parte da penhora pertencente ao recorrente, nos termos supra descritos." **(STJ**. *REsp. 1175278, Relator(a) Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, p. 22/08/2011, sublinhei).*

Os argumentos deste precedente me convencem de que a sentença não merece nenhum reparo. Veja-se a exposição do prolator:

"Compulsando os autos, verifica-se que a penhora on line realizada, que culminou com o bloqueio de dinheiro na conta bancária n. 00967-1, agência n. 3789 - Personnalité, do Banco Itau S/A, efetivou-se em 30 de setembro de 2008.

Por outro lado, alega a embargante que a quantia penhorada é fruto da alienação de um imóvel ocorrida em 24 de março de 2000, pelo valor de R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), o qual serve desde aquela época para manutenção da embargante, não havendo a divisão de propriedade de tal quantia com a executada Bruna Pessina, que apenas era cotitular da conta bancária em que houve o bloqueio, para uma melhor assistência à embargante, em virtude de sua elevada idade e dificuldade de locomoção.

Dos ofícios requisitados junto ao Banco Itau S/A é possível verificar que a executada foi incluída como cotitular da conta bancária em 29 de julho de 2008, portanto, exercia a cotitularidade da conta bancária à época em que houve o bloqueio da quantia de R$ 164.876,92 (cento e sessenta e quatro mil, oitocentos e setenta e seis reais e noventa e dois centavos), ocorrida em 30 de setembro de 2008.

Entretanto, o fato da executada Bruna Pessina ter exercido a cotitularidade da conta bancária em que houve o bloqueio, não resulta, por si só, em prova contundente de que também é proprietária dos valores em espécie existentes nessa conta bancária, devendo ser analisado também, a época em que esses valores entraram na conta bancária em comento, pois se quando ingressou como cotitular da aludida conta (29/07/2008) já havia elevado saldo bancário, é evidente que tal quantia não lhe pertence, mas sim, à titular primitiva da conta bancária, no caso, a embargante.

Pelos dados extraídos da Declaração de Imposto de Renda, juntadas às fls. 13/18, referente ao Ana-Calendário 2007, é possível observar que a embargante já possuia, em 31/12/2007, junto ao Banco Itau Personalite Fundo Lam Basis Max Facfi, Banco Itau Conta Corrente, Banco Itau Fundo Maxime Referenciado Di Fic Fi e Banco Itau Operações Compromissadas, as quantias de R$ 304.136,95 (trezentos e quatro mil, cento e trinta e seis reais e noventa e cinco centavos) e R$ 29.990,23 (vinte e nove mil, novecentos e noventa reais e vinte e tres centavos), respectivamente.

Corroborando os elevados saldos de titularidade da embargante e sobre os quais recaíram a penhora, o extrato juntado a fls. 41, relativo à conta bancária n. 00967-1, agência n. 3789, obtido junto ao Banco Itau S/A, demonstra que as quantias bloqueadas estão vinculadas a tal conta e estão assim discriminadas: 1) Conta corrente: R$ 14.594,09 (catorze mil, quinhentos e noventa e quatro reais e nove centavos); 2) Itau BasisDimax: R$ 111.313,16 (cento e onze mil, trezentos e treze reais e dezesseis centavos) e; 3) Person Maxime Di: R$ 38.969,67 (trinta e oito mil, novecentos e sessenta e nove reais e sessenta e sete centavos).

Ainda, a embargante trouxe aos autos extratos bancários, relativos à conta bancária n. 00967-1, agência n. 3789, obtido junto ao Banco Itau S/A, referentes aos períodos de 01/05/2008 a 30/05/2008 (fls. 392 e 383), 01/06/2008 a 30/06/2008 (fls. 384), 01/07/2008 a 31/07/2008 (fls. 385), entre outros, os quais dão lastro a alegação de que antes mesmo da inclusão da executada Bruna Pessina como cotitular da aludida conta bancária, a embargante já possuia o saldo bancário sobre o qual recaiu a penhora on line.

Portanto, da análise dos documentos carreados aos autos, restou comprovado que a quantia de R$ 164.876,92 (cento e sessenta e quatro mil, oitocentos e setenta e seis reais e noventa e dois centavos), bloqueada através de penhora on line, por meio do Sistema BacenJud, ocorrida em 30 de setembro de 2008, recaiu sobre numerário pertencente exclusivamente à embargante, a qual, por não figurar no polo passivo da ação de execução fiscal n. 0014501-73.205.8.12.0001, deverá levantar a quantia bloqueada.

Por fim, o embargado não demonstrou qualquer fato impeditivo do direito invocado pela embargante, especialmente quanto ao fato de que a quantia bloqueada também pertencia à executada Bruna Pessina, pois, o simples fato da executada ter figurado por curto espaço de tempo como cotitular da conta bancária em que houve o bloqueio judicial, não é suficiente para comprovar que também exerce a propriedade sobre o dinheiro penhorado, até porque restou amplamente comprovado nos autos que a embargante já possuia tal montante antes mesmo do ingresso da executada Bruna como cotitular da conta bancária n. 00967-1, agência n. 3789, obtido junto ao Banco Itau S/A, impondo-se, desse modo, a procedência do pedido formulado na exordial. (f. 472-475).”

Assim como entendeu a magistrado, não me parece de bom tom albergar a penhora apenas e tão-somente porque a executada Bruna Pessina é cotitular da conta corrente com sua genitora, a ora apelada, quando o feito demonstra à exaustão que antes de ser instituída a solidariedade na conta bancária entre a apelada e a executada, aquela já era detentora de elevada quantia em depósito/aplicações.

De mais a mais, não pode ser olvidada que a solidariedade da conta bancária não tem o condão de solidarizar a apelada com a executada no débito fiscal, a qual, inclusive, é atingida na execução fiscal em razão da sua condição de sócia da empresa devedora principal (a devedora Movema).

Outros precedentes há no mesmo sentido:

> *"PENHORA "ON LINE". MONTANTE DE TITULARIDADE DE TERCEIRO -DESBLOQUEIO. ADMISSIBILIDADE. Restando demonstrado, mediante declaração emitida pela instituição financeira, declarações de bens e rendimentos do executado e de seus pais, que a penhora "on line" incidiu sobre valor que, embora estivesse em conta conjunta do executado com sua mãe, seria de titularidade exclusiva desta, de rigor o desbloqueio, pois em princípio, é o patrimônio do devedor, que deve ser atingido pela penhora, nunca o de terceiros (CPC, art. 568). Recurso parcialmente provido." (***TJSP**; AI 0387157-89.2010.8.26.0000; Ac. 4793831; São Paulo; Trigésima Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Clóvis Castelo; Julg. 08/11/2010; DJESP 05/02/2013).*
>
> *"Restando demonstrado, mediante declaração emitida pela instituição financeira, declarações de bens e rendimentos do executado e de seus pais, que a penhora "on line" incidiu sobre valor que, embora estivesse em conta conjunta do executado com sua mãe, seria de titularidade exclusiva desta, de rigor o desbloqueio, pois em princípio, é o patrimônio do devedor, que deve ser atingido pela penhora, nunca o de terceiros (CPC, art. 568). Recurso parcialmente provido. (***TJSP**; AI 990.10.387157-0; Ac. 4793831; São Paulo; Trigésima Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Clóvis Castelo; Julg. 08/11/2010; DJESP 26/11/2010). EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE NUMERÁRIO EM CONTA CORRENTE CONJUNTA. Solidariedade que ocorre apenas com relação ao banco e não a terceiros. 1. A solidariedade da conta conjunta ocorre unicamente perante o banco em que os correntistas mantem a conta, não se verificando em relação a terceiros. Ou seja, a solidariedade, tanto ativa como passiva decorrente de conta conjunta, e restrita em relação a instituição bancária e não quanto a terceiros, de modo que da mesma forma que o beneficiário de cheque, emitido por um dos correntistas, só tem direito de ação contra o emitente sem poder acionar o co-titular da conta, e preservada a individualidade do depósito de um desses correntistas que não serve de garantia para pagamento de dívida de outro. 2. O julgamento antecipado só não configura cerceamento de defesa quando as provas requeridas se evidenciam desnecessárias para a solução da lide. Tal não é o caso do embargante de terceiro desejando demonstrar que o numerário penhorado na conta conjunta que mantém com o executado e de sua exclusiva propriedade. Apelação provida para anular a sentença." (***TJPR**; Rec. 277985-1; Ac. 1067; Curitiba; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Hamilton Mussi Correa; Julg. 19/07/2005).*

Provado que o dinheiro depositado no banco é de exclusiva propriedade da apelada, e que não há solidariedade na dívida executada entre a apelada e a cotitular da conta corrente, afastada fica a possibilidade de penhora de seu numerário, para garantia de dívida de terceiro.

Conclusão:

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 18 de julho de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4003957-77.2013.8.12.0000 - Naviraí
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCIDENTE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – PENHORA DE BEM IMÓVEL – DUPLA FINALIDADE (RESIDENCIAL E COMERCIAL) – POSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO SOB A ÁREA COMERCIAL – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A FUNCIONALIDADE DA RESIDÊNCIA FAMILIAR – CORRETA A DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA – RECURSO IMPROVIDO.

Na linha de precedentes do STJ, é perfeitamente possível a penhora de parte do bem que não se caracteriza como bem de família quando, levando-se em conta as peculiaridades do caso, não houver prejuízo para a área residencial do imóvel, também utilizada para o exercício de comércio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de julho de 2013.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Wesley Gomes da Silva e Evanilde Monteiro Dias da Silva agravam da decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Naviraí, que julgou improcedente a impugnação à penhora, nos autos do incidente de cumprimento da sentença n. 0006277-33.2003.8.12.0029, movido por Domingos Roberto Simões e outro.

Alegam que foi penhorado um imóvel urbano e este possui dois pavimentos, sendo o inferior onde se encontra o comércio de carnes de propriedade dos recorrentes e o superior onde se encontra a residência de ambos.

O magistrado singular determinou que o imóvel penhorado fosse avaliado, bem como que constatasse a possibilidade de desmembramento da parte comercial (piso inferior) da parte residencial (piso superior), como unidades autônomas e com a preservação da funcionalidade e intimidade dos moradores.

Dizem os agravantes que *"houve omissão de informações por parte do Sr. Meirinho sobre o imóvel penhorado, notadamente, em relação à anotação de que o imóvel em questão, além de conter o comércio de carnes (açougue) em que os executados laboram para adquirir subsistência para sua família, é ainda o mesmo prédio em que os mesmos residem, com seus filhos (f. 04)"*.

Assim, nos termos do que dispõe a Lei n. 8.009/90, dizem que o imóvel penhorado *"não poderá ser fracionado em parte penhorável e parte impenhorável, devendo, portanto, ser considerada, em seu todo, impenhorável"*.

Aduzem que a divisão cadastral do imóvel penhorado, junto ao Município de Naviraí, sob o n. 7091-0 (salão comercial) e sob n. 14700-0 (residência), "*existem apenas e tão somente para o efeito de se cobrar o IPTU"*.

Acrescentam ser impossível o desmembramento da matrícula do imóvel, junto ao Serviço Registral de Imóveis, por tratar-se de edificação vertical.

Requerem seja concedido o efeito suspensivo, determinando-se a imediata suspensão do cumprimento da penhora e o provimento do recurso, declarando-se a impenhorabilidade total do imóvel residencial dos agravantes, registrado na matrícula n. 13.103 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Naviraí.

Instruíram o recurso com os documentos de f. 14-71.

Foi recebido o agravo no efeito devolutivo e requisitadas informações ao juízo da causa (f. 73-74-TJ), prestadas às f. 78-TJ.

Os agravados apresentaram contrarrazões (f. 79-83), onde alegam, em suma, que não existe impossibilidade jurídica de se promover a penhora do salão comercial, uma vez que, se consumada a alienação, os devedores serão titulares exclusivos da parte superior (residência) e o adquirente será titular exclusivo da parte inferior (salão comercial), onde haverá condomínio sobre as respectivas áreas.

Dizem, ainda, que não há que considerar o salão comercial como bem de família, como se fosse extensão da casa residencial dos agravantes, pugnando, ao final, pelo improvimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator).

Wesley Gomes da Silva e Evanilde Monteiro Dias da Silva agravam da decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Naviraí, que julgou improcedente a impugnação à penhora, nos autos do incidente de cumprimento da sentença n. 0006277-33.2003.8.12.0029, movido por Domingos Roberto Simões e outro.

Como relatado, alegam que foi penhorado um imóvel urbano e este possui dois pavimentos, sendo o inferior onde se encontra o comércio de carnes de propriedade dos recorrentes e o superior onde se encontra a residência de ambos.

O magistrado singular determinou que o imóvel penhorado fosse avaliado, bem como que constatasse a possibilidade de desmembramento da parte comercial (piso inferior) da parte residencial (piso superior), como unidades autônomas e com a preservação da funcionalidade e intimidade dos moradores.

Dizem os agravantes que *"houve omissão de informações por parte do Sr. Meirinho sobre o imóvel penhorado, notadamente, em relação à anotação de que o imóvel em questão, além de conter o comércio de carnes (açougue) em que os executados laboram para adquirir subsistência para sua família, é ainda o mesmo prédio em que os mesmos residem, com seus filhos (f. 04)"*.

Assim, nos termos do que dispõe a Lei n. 8.009/90, dizem que o imóvel penhorado *"não poderá ser fracionado em parte penhorável e parte impenhorável, devendo, portanto, ser considerada, em seu todo, impenhorável"*.

Aduzem que a divisão cadastral do imóvel penhorado, junto ao Município de Naviraí, sob o n. 7091-0 (salão comercial) e sob n. 14700-0 (residência), existe "*apenas e tão somente para o efeito de se cobrar o IPTU"*.

Acrescentam ser impossível o desmembramento da matrícula do imóvel, junto ao Serviço Registral de Imóveis, por tratar-se de edificação vertical.

Requerem o provimento do recurso para o fim de declarar a impenhorabilidade total do imóvel residencial dos agravantes, registrado na matrícula n. 13.103 do Serviço de Registro de Imóveis da Comarca de Naviraí.

Os agravados apresentaram contrarrazões (f. 79-83), alegando, em suma, que não existe impossibilidade jurídica de se promover a penhora do salão comercial, uma vez que, se consumada a alienação, os devedores serão titulares exclusivos da parte superior (residência) e o adquirente será titular exclusivo da parte inferior (salão comercial), onde haverá condomínio sobre as respectivas áreas.

Dizem, ainda, que não há considerar o salão comercial como bem de família, como se fosse extensão da casa residencial dos agravantes, pugnando, ao final, pelo improvimento do agravo.

Imperioso colacionar a conclusão dos oficiais analistas judiciários quando realizaram a constatação do bem penhorado*, in verbis:*

> *"O requerido reside na parte superior do imóvel, que é passível de cômoda divisão, pois a entrada para o andar superior é separada da área do açougue. Porta de acesso à residência é externa.*
>
> *Em caso de desmembramento da parte comercial e residencial, não haverá prejuízo desta, como unidade autônoma, e estará preservada a funcionalidade e intimidade dos moradores, com o simples fechamento de uma parte lateral que dá acesso ao açougue.*
>
> *Para constar lavramos o presente auto, que após lido e achado conforme vai assinado por nós oficiais de justiça e avaliadores." (f. 28-29-TJ).*

Diante desse cenário, tenho que a decisão não merce reforma, vez que a lei de regência não disciplinou acerca da impenhorabilidade de bem imóvel utilizado para fins comerciais, e a jurisprudência do STJ é uniforme no sentido de se admitir a penhora de bem imóvel utilizado, concomitantemente, para fins residenciais e comerciais, desde que não haja prejuízo para a funcionalidade daquela. Confira-se:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA DE PARTE COMERCIAL DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE. (...)*
>
> *II - **É possível a penhora de parte do bem que não se caracteriza como bem de família quando, levando-se em conta as peculiaridades do caso, não houver prejuízo para a área residencial do imóvel também utilizado para o exercício de comércio.***
>
> *III - **Hipótese em que o andar inferior do imóvel é ocupado por duas lojas, ficando restrita a moradia dos recorridos ao andar superior.***
>
> *Recurso Especial provido." (STJ. REsp 1018102/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2010, DJe 23/08/2010).*

No mesmo sentido, o precedente de outro Tribunal:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARGUIÇÃO DE IMPENHORABILIDADE. IMÓVEL COM DUPLA FINALIDADE (RESIDENCIAL E COMERCIAL) CONSTITUÍDO DE DOIS PAVIMENTOS. TÉRREO COM LOJA COMERCIAL E PISO SUPERIOR DESTINADO AO USO RESIDENCIAL. PENHORA QUE RECAI SOBRE A ÁREA COMERCIAL, INCLUSIVE SOBRE O VALOR DOS LOCATIVOS, ATÉ O LIMITE DA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.*
>
> *I.* ***Embora a proteção da Lei n. 8.009/90 sobre o imóvel residencial da parte devedora, inexiste óbice à penhora parcial, quando caracterizado o imóvel com dupla destinação, sendo uma parte residencial e outra não residencial, em que pese registrado em única matrícula. Ademais, plenamente evidenciado que a parte comercial está fisicamente individualizada e distinguida da parte residencial, sobretudo porque locada para instituição financeira.***
>
> *(...)". (TJRS. Agravo n. 70052435872. Relatora: Mylene Maria Michel. 19ª Câmara Cível. Data do julgamento: 07.05.2013).*

De ver-se que na hipótese de impossibilidade de desmembramento formal, a penhora e eventual arrematação ou adjudicação dar-se-á na **posse** do imóvel comercial.

Conclusão:

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 04 de julho de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0003263-61.2009.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CONTRATO SOCIAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – UTILIZAÇÃO DO NOME DA AUTORA COMO SÓCIA "LARANJA" DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA – DECADÊNCIA DO DIREITO RECONHECIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DE ATO NULO – OBSERVÂNCIA DA REGRA DE TRANSIÇÃO EXPOSTA NO ART. 2.035 DO CC2002 C/C ARTS. 167 E 169 DO CC2002 – ANÁLISE DA PRETENSÃO AUTORAL QUE SE IMPÕE – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – INAPLICABILIDADE DO §3º DO ART. 515 DO CPC – RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - A manifestação de vontade constitui elemento essencial de todo ato jurídico, não adentrando no mundo jurídico o ato a que falte tal elemento.

II - Se a tese autoral sustenta que um negócio jurídico é simulado, na medida em que simula conferir direitos à proprietária da maioria das cotas societárias, quando, em realidade, referida pessoa funciona como verdadeira sócia "laranja", sustentando que referido negócio não foi elaborado com seu conhecimento e consentimento, não há que se falar em decadência, porquanto insuscetível de confirmação ou convalidação (art. 169 do CC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de junho de 2013.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Ângela Maria da Silva Benites, inconformada com a sentença proferida nos autos da ação declaratória de nulidade de ato jurídico promovida em face de CONVEM - Convênios Médicos e Hospitalares Ltda., Simon Rodrigues Zambrana e Márcio Roberto Rocini, que reconheceu a decadência da pretensão anulatória e a prescrição da pretensão indenizatória (f. 301), em trâmite perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, MS, interpôs recurso de apelação (f. 306-319).

A apelante afirmou que seu nome foi indevidamente incluído pelo segundo demandado, no quadro societário da empresa ré, argumentando que tal fato deu-se sem o seu consentimento, quando exercia a função de gerente de vendas da referida empresa e que somente teve ciência do referido ato após sofrer

bloqueio judicial de valores disponíveis em sua conta corrente, no ano de 2007, originado de reclamação trabalhista promovida em face da referida pessoa jurídica.

Argumenta que a existência de vícios de vontade, que dão ensejo à ação declaratória de nulidade não pode sofrer os rigores da prescrição, pugnando, assim, pela reforma da sentença que reconheceu a decadência do direito da autora de pleitear a nulidade em relação ao contrato societário da empresa apelada em nome da apelante, sem o seu conhecimento e consentimento.

Sob outro enfoque, aduz que a prescrição quanto aos alegados danos morais devem correr a partir do ano de 2007, quando a autora-apelante tomou ciência da utilização indevida de seu nome.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja determinado o regular processamento e julgamento do feito.

Os apelados apresentaram contrarrazões (f. 324-333), pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

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

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Angela Maria da Silva Benites, inconformada com a sentença proferida nos autos da ação declaratória de nulidade de ato jurídico promovida em face de CONVEM - Convênios Médicos e Hospitalares Ltda., Simon Rodrigues Zambrana e Márcio Roberto Rocini, pelo juízo da 3a Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, que reconheceu a decadência da pretensão anulatória e a prescrição da pretensão indenizatória (f. 301 e f. 306-319).

A apelante afirmou que seu nome foi indevidamente incluído pelo segundo demandado, no quadro societário da empresa ré, argumentando que tal fato deu-se sem o seu consentimento, quando exercia a função de gerente de vendas da referida empresa e que somente teve ciência do referido ato após sofrer bloqueio judicial de valores disponíveis em sua conta corrente, no ano de 2007, originado de reclamação trabalhista promovida em face da referida pessoa jurídica.

Argumenta que a existência de vícios de vontade, que dão ensejo à ação declaratória de nulidade não pode sofrer os rigores da prescrição, pugnando, assim, pela reforma da sentença que reconheceu a decadência do direito da autora de pleitear a nulidade em relação ao contrato societário da empresa apelada em nome da apelante, sem o seu conhecimento e consentimento.

Sob outro enfoque, aduz que a prescrição quanto aos alegados danos morais devem correr a partir do ano de 2007, quando a autora-apelante tomou ciência da utilização indevida de seu nome.

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste apelo e passo à análise de seus fundamentos.

Para o julgamento do presente litígio faz-se imprescindível perquirir acerca das normas que regem os negócios jurídicos.

Primeiramente cumpre assentar que a pretensão inicial visa o reconhecimento de uma nulidade em razão de suposta simulação perpetrada pelos demandados, que, segundo a alegação da parte autora, ora apelante, organizaram negócio jurídico, elaborando contrato social, em que a incluíram como proprietária

de 75% (setenta e cinco por cento) do capital social da empresa CONVÉM – Convênios Médicos e Hospitalares Ltda., para a qual prestava serviços na qualidade de gerente de vendas.

O art. 167, do Código Civil preceitua:

> *"Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.*
>
> *§ 1º. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:*
>
> *I. aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;*
>
> *II. contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;*
>
> *III. os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados".*

Não há dúvida de que o contrato social em que consta pessoa diversa daquela que efetivamente criou uma sociedade empresária, praticando os atos negociais a ela inerente mostra-se nulo e, portanto, não sujeito ao prazo decadencial.

A respeito leciona o insigne jurista Wilson de Souza Campos Batalha que *"o negócio jurídico que não consegue atingir as suas notas individualizadoras é algo a que corresponde um nada jurídico, por não assumir as características essenciais pressupostas pelo ordenamento jurídico positivo. Pura e simplesmente inexiste, como o ser indeterminado e vazio que corresponde ao nada"* (BATALHA, Wilson de Souza Campos. Defeitos dos Negócios Jurídicos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 21).

No mesmo sentido, assevera o civilista jurista Caio Mário da Silva Pereira, com a objetividade que lhe é peculiar, que *"ato inexistente é aquele a que falta um pressuposto material de sua constituição"* (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 648).

Na mesma linha, afirma Carvalho Santos que *"o ato é inexistente quando lhe falta um elemento essencial à sua formação, de tal sorte que não se pode conceber o ato, dada a ausência daquele elemento"* (SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado. 1. ed. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934, v. 3, p. 227).

Não é diferente a lição do saudoso Orlando Gomes, que nos ensina que:

> *"Todo negócio jurídico é, por definição, uma declaração de vontade. Não se pode conceber a sua existência se lhe falta esse pressuposto necessário a seu nascimento", e que "também não se concebe a existência do negócio jurídico sem objeto. É o nada. Quando falte, pois, um desses dois elementos, negócio jurídico não se forma. Uma vez que é juridicamente inexistente, desnecessário declarar sua invalidade, visto que não pode produzir qualquer conseqüência jurídica. Não se convalida, não se converte em outro negócio válido, não pode ter eficácia como putativo" (GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 470).*

A manifestação de vontade constitui elemento essencial de todo ato jurídico, não adentrando no mundo jurídico o ato a que falte tal elemento.

Feitas estas considerações doutrinárias, que permeiam a pretensão inicial, impõe-se concluir que se a tese autoral sustenta que referido negócio jurídico é simulado, na forma do artigo 167, § 1º, I do Código Civil de 2002, na medida em que simula conferir direitos à proprietária da maioria das cotas societárias,

quando, em realidade, referida pessoa funciona como verdadeira sócia "laranja", sustentando que referido negócio não foi elaborado com seu conhecimento e consentimento, não há que se falar em decadência.

Isto porque, tratando-se, pois, de negócio jurídico simulado, conforme acima mencionado, o mesmo é nulo, insuscetível, portanto, na forma do art. 169 do CC, de confirmação ou convalidação, podendo, portanto, ser objeto de anulação a qualquer tempo.

Frisa-se que, por estar ainda produzindo efeitos, o citado negócio jurídico, celebrado sob a égide do CC de 1916 (f. 30-35 – em 01/12/2000), à luz do que dispõe o art. 2.035 do CC de 2002, atualmente em vigor, aos preceitos deste último devem subordinar-se, o que faz com que o negócio jurídico simulado seja nulo, da forma como preceitua o art. 167 deste *Codex*.

Diante disso, como a pretensão autoral assenta-se na ocorrência de simulação, é defeso falar-se em eventual prazo decadencial para anulação do negócio jurídico, conforme concluiu o magistrado de primeira instância.

Desta forma, cumpre averiguar a procedência do pleito autoral, diante das circunstâncias e provas que o caso concreto apresenta, especialmente pela alegada existência de relação de subordinação, constituída numa relação empregatícia, em que a autora alega ter figurado como funcionária, contratada diretamente, pelo segundo réu para prestar serviços ao Hospital Samaritano.

Portanto, se verdadeiramente a utilização do nome da autora, como titular de cotas societárias, pela sociedade gerida pelos réus, por intermédio de transações comerciais, com vistas a eximir de responsabilidade aqueles que verdadeiramente comandam a sociedade empresária, tal fato deverá ser comprovado nos autos, por intermédio da oitiva de testemunhas, conforme ambas as partes pleitearam, razão por que inaplicável na hipótese o §3º do art. 515 do CPC.

Assim sendo, deve ser cassada a sentença proferida em primeira instância e, diante do pedido de instrução probatória formulado pelas partes e necessário ao deslinde do litígio, impondo-se o retorno dos autos à origem para o regular processamento do feito.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e **dou-lhe provimento** a fim de cassar a sentença proferida em primeira instância e determinar o retorno dos autos à origem, para o regular processamento e julgamento do feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Rubens Bergonzi Bossay e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 18 de junho de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0035180-21.2010.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – REPORTAGEM – JOVENS FILMADOS USANDO DROGAS, ÁLCOOL E PRATICANDO ATOS OBSCENOS EM VIA PÚBLICA – LIBERDADE DE IMPRENSA EXERCIDA DE MODO REGULAR – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE – RECURSO IMPROVIDO.

Reportagem que veicula jovens fazendo uso de álcool e drogas, além da pratica de atos obscenos, em via pública, tem evidente interesse social. Rostos desfocados no intuito de evitar que sejam reconhecidos. Matéria jornalística realizada nos limites do dever de informação e da liberdade do exercício de imprensa - garantias do Estado Democrático de Direito -, portanto, inviável falar em direito à reparação por dano moral, devendo ser mantida a sentença de improcedência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de julho de 2013.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

L. C. V., menor impúbere, representada por sua mãe W. S. C., inconformada com a sentença de fls. 306-309, que julgou improcedente o pedido deduzido nos autos da ação de indenização por danos morais c/c tutela antecipada que promove em face da Rede Ms Ltda, recorre a esta Corte objetivando sua reforma.

A sentença recorrida não reconheceu o direito a indenização requerida sob argumento de que a imagem da autora foi preservada, sendo sua imagem "desfocada", tendo a reportagem, feita em local público, cunho informativo.

Em sua razões (fls. 323-337), a recorrente afirma que em razão da reportagem realizada pela requerida, com foco principal no vandalismo e uso de álcool e drogas, e que deu a entender que estava praticando ato obsceno (sexo na via pública), foi muitas vezes colocada em situação de deboche, tratada de forma discriminativa.

Aduz que a reportagem abalou sua reputação e moral íntima, sendo reconhecida pelas pessoas próximas, devendo o dano ser reparado, nos termos dos artigos 186 do Código Civil e 927 do Código de Processo Civil.

Diz que a situação foi agravada com a música colocada de fundo, no intuito de ressaltar que a menor estava praticando ato obsceno.

Sustenta que em se tratando de direito à imagem, a obrigação de reparar decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de se cogitar da prova da existência de prejuízo ou dano, não podendo a mídia se sobrepor aos princípios norteadores do ECA e da intimidade de menor.

Ao final, prequestiona os artigos 5º, incisos I, IX e X da Constituição Federal; 20, 186, 187 e 927, do Código Civil; e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

As fls. 344-362 foram apresentadas contrarrazões ao recurso de apelação, pugnando pelo seu não provimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que a sentença seja reformada para condenar a apelada ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) de indenização à autora.

VOTO

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

Consoante relatado, L. C. V., menor impúbere, representada por sua mãe W. S. C., inconformada com a sentença de fls. 306-309, que julgou improcedente o pedido deduzido nos autos da ação de indenização por danos morais c/c tutela antecipada que promove em face da Rede Ms Ltda, recorre a esta Corte objetivando sua reforma.

A sentença recorrida não reconheceu o direito a indenização requerida sob argumento de que a imagem da autora foi preservada, sendo sua imagem "desfocada", tendo a reportagem, feita em local público, mero cunho informativo.

Nas razões recursais, alegou-se, em síntese, que em razão da reportagem realizada pela requerida, com foco principal no vandalismo e uso de álcool e drogas, e que deu a entender que estava praticando ato obsceno (sexo na via pública), foi a requerente colocada em situação de deboche, tratada de forma discriminativa.

Preenchidos os pressupostos e condições recursais, conheço do apelo e passo à análise dos fundamentos por ordem de prejudicialidade.

A lide que se apresenta tem como pano de fundo um conflito de direitos constitucionalmente assegurados. Com efeito, enquanto a atividade da recorrida está pautada no direito à liberdade de pensamento (art. 5º, IV, da CF/88), à livre manifestação deste pensamento (art. 5º, IX, da CF/88) e ao acesso à informação (art. 5º, XIV, da CF/88), a recorrente invoca o direito à sua honra e reputação, intimidade, visando à compensação por danos morais que alega ter sofrido (art. 5º, X, da CF/88).

Com efeito, a liberdade de manifestação do pensamento, notadamente dos meios de comunicação social, não é absoluta, sendo limitada pelo direito à intimidade, à vida privada e à honra de terceiros, objetivando a preservação dos valores éticos e sociais da pessoa, **física ou jurídica**, respeitando-a no seu bem mais precioso, que é sua honra, imagem, dignidade e moral.

Segundo abalizada doutrina:

> *"A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga" (Alexandre de Morais, Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 45).*

O mesmo raciocínio é adotado pelos insignes Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

> *"A liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo* status.
>
> *O constituinte brasileiro, no art. 220 da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, dizendo, também, no § 1º, que 'nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social', ressalva que assim o será 'observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV'. Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir o anonimato (IV), para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem (V), para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (X) [...]" (in Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 366-367) (grifo nosso).*

No caso *sub examine*, há uma colisão de direitos fundamentais. De um lado, a apelada, alicerçada na liberdade de expressão, defende que a reportagem veiculada foi de interesse da sociedade. De outro, a apelante, sustentando serem lesivos e ofensivos às suas honra e imagem a reportagem e a música colocada de fundo, pleiteia a compensação pelos danos que diz ter sofrido em sua imagem perante o público.

Controvérsias como a presente exigem extrema cautela do julgador, mormente porque a liberdade de manifestação do pensamento é responsável pelo fortalecimento das instituições democráticas no País. E não há como se afirmar que a honra de cidadãos é atingida quando divulgadas informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito, as quais, são de interesse público.

No caso, não há como negar que é de interesse público o fato de jovens estarem fazendo uso de drogas, álcool e praticando atos obscenos na via pública, próximo ao maior centro comercial da Capital, pois, como sabido, cabe a toda a sociedade zelar pelos seus jovens. A veracidade não é contestada, vez que decorre da própria imagem veiculada.

Registre-se que embora as imagens tenham sido realizadas em local público, a empresa jornalística teve a cautela de desfocar o rosto da apelante, somente sendo possível saber que era ela diante de sua própria afirmação.

Assim, tenho que a sentença de primeiro grau deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, a saber:

> *"É incontroverso o fato de que a ré veiculou uma reportagem televisiva informando a prática de atos obscenos, consumo de bebidas alcoólicas e de drogas por parte de adolescentes em via pública próxima ao maior centro comercial desta capital. Em parte da reportagem, aparece a imagem de uma pessoa do sexo feminino com o rosto desfocado, que somente se ficou sabendo que seria a autora no dizer desta no processo. Nessa imagem, primeiramente essa pessoa aparece caminhando acompanhada de um rapaz (as reproduções fotográficas dessa parte da reportagem estão representadas pelos documentos*

de fls. 45 e 46) e, posteriormente, também no dizer da própria autora, estaria praticando atos obscenos (a reprodução fotográfica dessa parte da reportagem está representada pelo documento de fl. 47). Nesse ponto, cabe esclarecer, como dito acima, que a certeza a respeito da presença da autora na reportagem decorre somente da sua própria afirmação, considerando que a precária qualidade da imagem, principalmente pelo horário (noturno), como pouca iluminação, e modo (câmera escondida) da gravação, impede uma conclusão concreta de quem seria a pessoa retratada naquelas imagens. Além disso, na parte da reportagem em que foi divulgada essa imagem (pessoas praticando atos obscenos), a ré inseriu como fundo musical a música "Toma Madeirada" da Banda Kortesia.

Pois bem. Antes de mais nada, cabe esclarecer que a Constituição Federal garante a liberdade de informar, estabelecendo no caput do artigo 220 que: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição." Além disso, constitui-se direito fundamental a liberdade da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (CF, art. 5º, IX).

Assim, desde já, chega-se à conclusão de que a conduta de comunicar (informar) a existência de um fato importante para a sociedade não é violadora do direito, ainda que esse fato seja constrangedor, como é o caso da divulgação de imagens de jovens consumindo drogas, bebidas alcoólicas e praticando atos obscenos em plena via pública. O exercício da atividade jornalística, neste caso, mostra-se essencial para que toda a sociedade seja informada a respeito das condutas praticadas por pessoas que possam ofender a ordem pública e social, a fim de que sejam tomadas as medidas necessárias para coibir essa prática. Aliás, nesse passo, é dever de informar de quem toma conhecimento de atos que possam gerar ilicitude.

Nesse tipo de reportagem, a divulgação das imagens das pessoas envolvidas nas práticas indesejadas é imprescindível para o completo conhecimento dos fatos, de modo que essa hipótese configura uma exceção à regra estabelecida no art. 20 do Código Civil, que autoriza a proibição da "utilização da imagem de uma pessoa [...] a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade". Da mesma forma, esse tipo de divulgação não configura ofensa ao direito fundamental estabelecido no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, que assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Segundo Nestor Duarte, citando Orlando Gomes, é admitida "a divulgação da imagem ou de fato quando [...] interessem à ordem pública", de modo que "o retrato de uma pessoa pode ser exibido quando justificado [...] ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou de fatos de interesse público, ou que em público haja decorrido".[1]

Portanto, no exercício da atividade jornalística, é possível e essencial a divulgação de todas imagens relacionadas ao fato noticiado, inclusive daquelas relacionadas às pessoas envolvidas. Nesse caso, o caráter estritamente jornalístico afasta a possibilidade de que a imagem esteja sendo divulgada para fins comerciais ou com finalidade lucrativa. Além disso, se a divulgação da imagem é essencial para garantia da ordem pública, como no caso de ser necessário que pais, responsáveis e autoridades públicas sejam informados sobre a prática de atos infracionais e/ou vulgares, não se pode aceitar que a utilização da imagem seja passível de atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade dos envolvidos. Em resumo, se a imagem de alguém, obtida em público, está sendo divulgada em uma reportagem, tal ocorre somente porque a própria pessoa se colocou na situação noticiada,

1 DUARTE, Nestor. Código civil comentado. Coordenador Ministro Cezar Peluso. 3ª Edição. Editora Manole. 2009. Pág. 40.

inexistindo a possibilidade de ofensa a algum dos aspectos da sua personalidade. Nesse sentido, é o enunciado de n. 279 da Jornada IV de Direito Civil do STJ:

"A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações."

Quando a notícia traz a divulgação da imagem de uma criança ou de um adolescente, cabe à entidade jornalística tomar as precauções necessárias para a ***preservação da identidade*** *do envolvido. A preservação da identidade da criança/adolescente representa um dos aspectos do* ***direito ao respeito*** *a eles garantido pelos artigos 15 e 17 do ECA (Lei 8.069/90). Nesse ponto, cabe esclarecer que a regra contida no parágrafo único do artigo 143 e no §1º do art. 247 do ECA (não identificação da criança/adolescente por fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência, iniciais do nome e sobrenome) se refere às notícias a respeito de atos infracionais, o que não se confunde com o caso tratado no presente processo, considerando que na notícia em questão não foi atribuída a autoria de ato infracional à autora.*

No presente caso, portanto, o dever da ré se resumia à preservação da identidade da pessoa retratada. Sendo assim, considero que o recurso utilizado pela ré para desfocar a imagem do rosto da pessoa constante na imagem, conforme reprodução dos documentos de fls. 45 e 46, foi suficiente para preservar a sua identidade. Como bem elucidado pela promotora de justiça que atuou neste processo (vide fl. 296), "as gravações – diga-se, de baixa qualidade – foram registradas à noite e à considerável distância que não permite a exata descrição da demandante". De fato, pela simples análise da mídia juntada à fl. 205, percebe-se que a aparição da pessoa na reportagem ocorre em poucos segundos, sendo impossível a sua identificação, mesmo se levados em consideração seus aspectos corporais ou vestimentas. A exibição desfocada do rosto de quem estava na imagem pode não ter sido suficiente para resguardar a sua identidade perante familiares e amigos intímos da mesma, considerando o conhecimento detalhado de aspectos físicos. Todavia, essa circunstância, por si só, não é suficiente para considerar ilícita a conduta realizada pela ré (exibição de matéria jornalística), pois o seu dever se limitava a preservar a identidade da pessoa retratada perante terceiros, até porque é quase impossível que a própria pessoa filmada ou seus parentes não reconheçam a sua imagem em uma exibição televisiva, devido ao conhecimento detalhado de traços corporais e vestimentas. Inclusive, nesse ponto, cabe esclarecer que se fosse desfocado todo o corpo da pessoa, a reportagem perderia a sua finalidade, que era a de alertar a sociedade sobre a prática de comportamento adverso por adolescentes. Assim, a exibição da imagem da pessoa apenas com o rosto desfocado atendeu a exigência do direito ao respeito previsto no ECA e também permitiu que a reportagem atingisse a sua finalidade, demonstrando-se, portanto, como meio razoável e proporcional para o exercício da atividade desenvolvida pela ré.

A escolha do fundo musical pela ré também não se mostrou inadequada diante do contexto da imagem exibida. A música reproduzida quando da exibição da imagem da autora não demonstra qualquer intenção difamatória, não configurando qualquer ato ilegal por parte da ré.

Ainda, deve ser levado em consideração que as imagens foram gravadas em local público, sendo que foi a própria autora quem se colocou naquela situação. Ora, se foi a autora quem realizou atos obscenos em local público, como ela afirma no processo, não pode ela se voltar contra a empresa jornalística, que apenas retratou a exibição feita

publicamente, pretendendo que a sua imagem seja preservada. Se a própria autora não preservou a sua imagem, jamais pode pretender que a ré ou o poder público o faça. Nesse sentido, inclusive, são os seguintes julgados:

(...)

Diante de todos esses elementos, conclui-se que a ré não cometeu qualquer violação de direito, tendo a reportagem sido realizada com o respeito necessário à intimidade e à imagem da autora, dentro da razoabilidade exigida para o caso, considerando a essencialidade da notícia divulgada que visava alertar toda a sociedade a respeito do comportamento impróprio de adolescentes em vias públicas.

Portanto, como a ré não violou qualquer direito, desnecessária a apreciação do suposto dano moral que teria sofrido a autora, até porque ele seria decorrente da própria ilicitude, considerando o seu caráter in re ipsa.

Dispositivo.

Posto isso, ***resolvo o mérito nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgando improcedente o pedido formulado na inicial.*** *" (sic. fl. 306-309).*

Assim, vê-se que na hipótese não foi demonstrado a ilicitude da conduta, ou abuso de direito, por parte da empresa jornalística. A música colocada de fundo à reportagem, não demonstra, por si só, intenção difamatória, ou seja, não configura ato ilícito.

Conforme jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, não se configura o dano moral quando a matéria jornalística limita-se a tecer críticas prudentes - *animus criticandi* - ou a narrar fatos de interesse público - *animus narrandi*. Há, nessas hipóteses, exercício regular do direito de informação.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA JORNALÍSTICA.MERO ANIMUS NARRANDI. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO. PRECEDENTES.1. A jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não se configura o dano moral quando a matéria jornalística limita-se a tecer críticas prudentes - animus criticandi - ou a narrar fatos de interesse público - animus narrandi. Há, nesses casos, exercício regular do direito de informação.2. Na hipótese, a c. Corte de origem, com base em análise do acervo fático-probatório dos autos, concluiu que a reportagem veiculada pela imprensa possuía mero animus narrandi e que, portanto, não estaria configurado o dano moral. E pelo que consta das razões expostas no v. acórdão recorrido, não se encontra lastro para divergência. No mais, rever tal entendimento demandaria o vedado exame das provas arreadas aos autos, a teor da Súmula 7/STJ.3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag 1205445/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 01/02/2012)

"RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL – LEI DE IMPRENSA - ACÓRDÃO - OMISSÃO - AFRONTA AO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - ART. 49 DA LEI N. 5.250/67 - DIREITO DE INFORMAÇÃO - ANIMUS NARRANDI - EXCESSO NÃO CONFIGURADO - REEXAME DE PROVA - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA – RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Manifestando-se a Corte a quo, conquanto sucintamente, sobre a matéria constante do dispositivo (art. 49 da Lei n. 2.520/67) cuja violação pretende-se ver sanada

mediante a interposição deste recurso, não restam configurados quaisquer vícios no v. acórdão, consistente em omissão, contradição ou obscuridade, pelo que se afasta a afronta aduzida ao art. 535 do CPC.

2. A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

3. No que pertine à honra, a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão-somente ante a ocorrência deliberada de injúria, difamação e calúnia, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o intuito específico de agredir moralmente a vítima. Se a matéria jornalística se ateve a tecer críticas prudentes (animus criticandi) ou a narrar fatos de interesse coletivo (animus narrandi), está sob o pálio das 'excludentes de ilicitude' (art. 27 da Lei n. 5.250/67), não se falando em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em exercício regular do direito de informação.

4. O Tribunal a quo, apreciando as circunstâncias fático-probatórias, é dizer, todo o teor das reportagens, e amparando-se em uma visão geral, entendeu pela ausência de dano moral, ante a configuração de causa justificadora (animus narrandi), assentando, de modo incontroverso, que os recorridos não abusaram do direito de transmitir informações através da imprensa, atendo-se a narrar e a licitamente valorar fatos relativos a prostituição infanto-juvenil, os quais se encontravam sob apuração policial e judicial obtendo ampla repercussão em virtude da autoridade e condição social dos investigados. Maiores digressões sobre o tema implicariam o reexame da matéria probatória, absolutamente vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 07 da Corte. Precedentes.

5. Quanto ao cabimento da via especial com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional, ausente a similitude fática entre os julgados cotejados, impõe-se o não conhecimento do recurso pela divergência jurisprudencial, nos termos dos arts. 255, §§ 1º e 2º do RISTJ, e 541, parágrafo único, do CPC.

6 - Recurso Especial não conhecido." (REsp. 719.592/AL, Relator o Ministro JORGE SCARTEZZINI, DJ de 1º.2.2006).

Deste modo, considerando que honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas de interesse público, não há falar em direito à indenização.

No que tange aos artigos prequestionados, entendo desnecessária manifestação adicional, uma vez que o presente acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

Neste sentido, confira o seguinte julgado:

"Quando o Superior Tribunal de Justiça exige como condição de admissibilidade do recurso o prequestionamento, o faz para evitar que seja ferida a garantia do duplo grau de jurisdição. Assim, a matéria deduzida em recurso especial já deve ter passado pelo crivo do tribunal inferior. Porém, tal não impõe que os julgadores tenham que fazer

expressa referência aos artigos que são do interesse das partes em questionar, o que seria mais um entrave para a prestação jurisdicional que já não atende aos justos reclamos sociais de celeridade" (ED n.. 70000772947, TJRS – Desa. Genaceia Silva Alberton - julgado em 22/03/2000).

Sendo esse entendimento corroborado por esta 3ª Turma Cível:

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO, DE PLANO, AO RECURSO, POR SER MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONSOLIDAÇÃO DA POSSE E PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR – NECESSIDADE DE CITAÇÃO DO DEVEDOR – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ARTIGO 5º, INCISO LV DA CF) – DIREITO DE PROPRIEDADE (ARTIGO 5º, LIV DA CF) – PURGAÇÃO DA MORA – DEPÓSITO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS ACRESCIDAS DOS ENCARGOS DECORRENTES DA MORA – PROTEÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL EXISTENTE ENTRE AS PARTES – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(...)

Quando a questão for suficientemente debatida, torna-se desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais e constitucionais discutidos."

(TJMS - Agravo Regimental em Agravo - N. 2009.034420-8/0001-00 - Campo Grande. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Terceira Turma Cível. J. 08/02/2010).

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISSQN – PRESCRIÇÃO NÃO OCORRENTE – AÇÃO AJUIZADA NO PRAZO LEGAL – DEMORA NA CITAÇÃO ATRIBUÍDA AO MECANISMO DA JUSTIÇA – PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO – DESNECESSIDADE – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Não se pode imputar à Fazenda Pública a responsabilidade pela demora na citação do executado em virtude de motivos essenciais ao funcionamento da Justiça, a teor do que prescreve o enunciado da Súmula n. 106 do Superior Tribunal de Justiça, do que decorre a rejeição da alegada prescrição.

2. ***Se foram as razões do recurso minuciosamente apreciadas e julgadas, desnecessária se torna a manifestação expressa de dispositivos legais, a título de prequestionamento."***

(TJMS - Apelação Cível - Execução - N. 2008.028268-2/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Terceira Turma Cível. J. 01/02/2010).

Dessa forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pela recorrente.

Posto isso, conheço do recurso interposto por Larissa Costa Vieira e, contra o parecer, 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. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Rubens Bergonzi Bossay e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 23 de julho de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0800259-75.2012.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA PÚBLICA – CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS – DECADÊNCIA RECONHECIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – PRAZO ESTABELECIDO PELO ART. 178, II DO CC – TERMO INICIAL DA CONFECÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO – PRINCÍPIO DA SUBSTANCIAÇÃO – FATOS QUE DEMONSTRAM A NULIDADE DO NEGÓCIO PELA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO AGENTE – NECESSÁRIO JULGAMENTO DA LIDE SOBRE OUTRO ENFOQUE ATINENTE À FALTA/INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Com fundamento no princípio da substanciação, enunciado pelo brocardo "*da mihi facto, dabo tibi ius*", a despeito de o autor-apelante sustentar sua pretensão alegando a ocorrência de vício de consentimento, resultante no erro, supostamente ocasionado pelo réu, seu antigo genro, em verdade, infere-se que o pedido inicial fundamenta-se na ausência de manifestação de vontade do autor-apelante, o que torna, portanto, nulo de pleno direito o negócio que se pretende invalidar.

II - Se parte dos indícios que se evidenciam nos autos, são suficientes para demonstrar que a vontade do apelante não se manifestou livremente, imperiosa se faz a reforma da sentença recorrida que concluiu pela aplicação do dispositivo que determina o reconhecimento da decadência do direito de anulação de negócio jurídico, porquanto o litígio deve ser julgado por outro foco, atinente à falta /inexistência de manifestação da vontade e, que, assim, tornam nulo o referido negócio jurídico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de julho de 2013.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Mateus Veron, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação anulatória de escritura pública de cessão de direitos hereditários ajuizada em face de Gilmar Henrique Irala, que acolheu a preliminar de decadência arguida pelo demandado, extinguindo o feito, com fundamento no art. 269, inc. IV do CPC (f. 113-115), interpôs recurso de apelação (f. 118-128).

Afirmou que a presente ação foi ajuizada, sob a alegação de ter sido "trapaceado" pelo réu-apelado, companheiro de sua filha, Mariza Medina Veron, "ao ter sido levado para fazer um parcelamento de IPTU

atrasado, quando na verdade foi dolosamente, induzido a erro, a se desfazer, mediante arquitetada venda, da sua parte de meeiro na propriedade de um imóvel" (f. 121), mediante escritura pública.

Argumentou que, não obstante o "negócio" ter-se realizado no ano de 2004, tomou ciência de seu teor somente no ano de 2011, porque à época dos fatos já era uma pessoa idosa, sem instrução, em razão de possuir discernimento limitado e comprometido.

Alegou que o réu-apelado, aproveitando-se da fragilidade do autor-apelante, conforme se infere das fotos de f. 23, que evidenciam que o mesmo é idoso e deficiente, por não possuir um dos braços, lesou-o, violando as normas que regem o Estatuto do Idoso.

Defende que a ciência do autor, acerca do referido golpe, somente ocorreu em 2011 quando a referida escritura pública foi juntada nos autos da ação de despejo para uso próprio, feito n. 0006925.62.2011.8.12.0019, promovida pelo autor em face de Maria José Silva Melo, sua ex-nora, oportunidade em que apresentou representação criminal junto ao Ministério Público (f. 13-22) e pugnou pela abertura de inventário, na qualidade de viúvo meeiro dos bens deixados por sua falecida esposa.

Questiona que não pode ser reconhecida a decadência do direito do demandante, porquanto não tinha conhecimento do referido negócio jurídico viciado, sendo, assim, discipienda a exigência de que deveria ter manifestado sua vontade e exercer seu direito.

Pugna que o autor-apelante não seja submetido às sanções da decadência, com fulcro nos princípios fundamentais da socialidade, eticidade e operabilidade, em harmonia com CF, a fim de que seja conferido prevalência aos valores coletivos em detrimento dos individuais.

Concluiu que em decorrência do absoluto desconhecimento do teor do negócio realizado, pelo autor-apelante tratar-se de pessoa idosa, com compreensão limitada, não lhe pode ser imputado o início da contagem do prazo decadencial, quando sequer era conhecido o direito postulado.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja afastada a alegada decadência do direito autoral.

O réu-apelado apresentou contrarrazões (f. 133-161), oportunidade em que pleiteou a negativa de seguimento do recurso, por decisão monocrática ou pelo seu não provimento, com a manutenção da sentença recorrida.

Determinei vista dos autos à PGJ, em razão do feito envolver direito de pessoa idosa e hipossuficiente (f. 163). Entretanto o órgão ministerial deixou de opinar no processo, sob o fundamento de não haver interesse por parte do Ministério Público Estadual pela ausência de qualquer das hipóteses do art. 82 do CPC ou mesmo interesse social relevante concernente à qualidade do apelante de ser pessoa idosa (f. 164-166).

VOTO

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

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Mateus Veron em face da sentença proferida nos autos da ação anulatória de escritura pública de cessão de direitos hereditários ajuizada em desfavor de Gilmar Henrique Irala, que acolheu a preliminar de decadência arguida pelo demandado, extinguindo o feito, com fundamento no art. 269, inc. IV do CPC (f. 113-115 e f. 118-128).

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste apelo e passo à análise de seus fundamentos.

Impede, preambularmente, fazer um **breve retrospecto dos fatos que permeiam o presente litígio.**.

Mateus Veron, ora apelante, ajuizou a presente ação anulatória de escritura pública de cessão de direitos hereditários em face do réu, seu ex-genro, alegando que, em 05/02/2004, contando com mais de 79 (setenta e nove) anos, foi convencido pelo réu a comparecer à Prefeitura Municipal de Ponta Porã, para efetivar um parcelamento da dívida de IPTU existente sobre seu imóvel, quando, na verdade, foi "ardilosamente" levado ao Cartório de Registro de Imóveis, para assinar uma Escritura Pública de Cessão de Direitos Hereditários.

Defende que teve a ciência sobre o teor do referido documento, quando este foi juntado aos autos da ação de despejo para uso próprio, feito n. 0006925.62.2011.8.12.0019, promovida em face de Maria José Silva Melo, sua ex-nora, pugnando, assim, pela anulação do referido documento viciado, nos termos do art. 171, II do CC.

O demandante argumenta que o vício noticiado restou evidenciado pela ausência de juntada nos autos de um recibo assinado pelo autor, comprovando o recebimento da quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais), pela venda do imóvel de sua propriedade, matrícula 19.345-A, bem como pela não transferência do bem para o nome do réu-apelado (f. 12), continuando os impostos a ele inerentes constar em nome do autor (f. 73 a 76).

Segundo o apelante, o réu não comprovou, mediante cópia de Declaração de Renda de Pessoa Física, ano 2005, a aquisição do citado imóvel, tendo o autor permanecido no bem até o ano de 2007, ano que faleceu seu filho Sílvio, quando sua ex nora expulsou-o de sua propriedade.

Argumenta-se que o autor desconhecia ter realizado a venda de sua propriedade, tanto que imediatamente após ter tomado ciência do ocorrido, formulou representação criminal contra o réu (IPL n. 34/12 1º DP), pugnado, ainda, pela abertura de um inventário (0006925-62.2011.8.12.0019) e ingressou com a presente ação anulatória.

Pelo exposto requeremos seja acatada a pretensão postulada na peça inicial, por estar devidamente comprovada a veracidade de seu teor, refutando totalmente as fantasiosas justificativas contidas na contestação, a fim de que se proceda a anulação da Escritura Pública de Direitos Hereditários, registrada no Livro n. 223, Fls. 166.

Devidamente citado, o réu-apelado apresentou contestação (f.45-70), arguindo, preliminarmente, a decadência do direito do autor, com fulcro no art. 178 do CC, insurgindo-se, no mérito, contra a pretensão autoral, alegando que o autor utiliza-se do fato de ser pobre e não possuir um dos braços na tentativa de sustentar sua descabida pretensão, que não merece ser acolhida, porque não se trata de pessoa interditada e goza de perfeitas condições mentais, apesar de sua idade, tendo livremente disposto de sua propriedade, mediante a lavratura de documento público e recebimento do valor de R$ 3.000,00 (três mil reais).

O réu-apelado afirmou que o tabelião constatou que o autor-apelante tratava-se de pessoa capaz e que o presente litígio tem origem de discórdia familiar, que vem incitando o autor a promover o presente pedido anulatório.

Alegou que o réu que vinha efetuando o pagamento do parcelamento dos débitos de IPTU perante a Prefeitura, em nome de Mariza Veron Silva, filha do autor e que a casa edificada sobre o referido terreno foi demolida, "antes que desabasse em cima do requerido" (f. 67).

Diante deste cenário, o juízo de primeira instância designou a realização de audiência de conciliação (f. 106), oportunidade em que proferiu a sentença recorrida, para reconhecer a decadência do direito do autor, *in verbis*:

> *"(...) "O feito esta apto a julgamento, nos termos do art. 330, I do CPC, porquanto o deslinde do feito independe da produção de provas. È que no caso, a preliminar de decadência suscitada deve ser acolhida. Isso porque cuida-se de ação anulatória de negócio jurídico formalizado em 05/02/2004, aplicando-se o disposto no art. 178, II do CC/2003. Embora a parte requerente sustente que não se deu transcurso do lapso decadencial, porque até então não tinha ciência da realização do negócio, pois acreditava ter efetivado simples parcelamento do IPTU, tal fato, por si só, não impede a fluência do prazo decadencial. Veja-se que o dispositivo que estabelece o prazo é taxativo, estabelecendo que o prazo decadencial decorre, inclusive na hipótese de erro, a partir da data da realização do ato jurídico. Ora, se o legislador quisesse estabelecer que a fluência do prazo ocorreria da ciência da existência do vício do consentimento, o teria feito expressamente. Para tanto, não cabe dar interpretação extensiva ao teor do artigo legal. In casu, note-se que a parte autora está a pretender com a presente demanda anulação de atos translativos de propriedade, negócio jurídico em sua essência. Cumpre, neste passo, reconhecer que o Código Civil de 1916 continha certa impropriedade terminológica, ao prever, em seu artigo 178, § 9º, ser de 04 (quatro) anos o prazo para a ação de anular ou rescindir os contratos . (grifei). Com supedâneo neste fundamento é que o ora requerente estribou sua sustentação, ao dizer que a decadência somente pode começar a ser contada a partir da ciência do vício. Entretanto, o prazo para anulação do direito de ação previsto no 178, § 9º, do Código Civil de 1916, não se restringia, na verdade, às hipóteses de contratos, mas a qualquer negócio jurídico que porventura estivesse maculado em seu nascedouro por vícios, como a simulação (alegada como causa de pedir da inicial), o dolo, o erro e a fraude contra credores. Tanto assim é verdade que, na busca de dar uma maior precisão técnica aos institutos de direito material, o legislador pátrio, ao conceber o novo Código Civil, tratou de corrigir o equívoco, quando estabeleceu a redação do seu artigo 178, verbis: Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico. Como visto, o legislador não restringiu aos contratos formados em fraude a credores o prazo decadencial de quatro anos, mas a todo e qualquer negócio jurídico. E foi mais longe.*
>
> *Assentou ser de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado da data de sua realização, arredando, de vez, qualquer dúvida que ainda pairasse quanto à natureza do 'Ato-fato Caducificante' aplicável à espécie. Nesse passo, será decadencial o prazo para anular negócio jurídico quando decorrente de vícios de consentimento, cuja conclusão advém da tradicional divisão dos direitos subjetivos em direitos de dominação e em direitos de formação. Quanto aos primeiros, tem-se que são os que põem em confronto as pessoas, sujeitando-as a uma violação, ao passo que os direitos de formação são os direitos subjetivos não-sujeitos a uma violação por outrem, não correspondendo à tradicional noção de 'direito ? dever' , e só dependem de seu titular, o qual, pelo exercício judicial ou extrajudicial, intervém na sua própria esfera ou na esfera alheia, a que a outra parte deve se sujeitar. São, estes, pois, os chamados direitos potestativos. Os prazos prescricionais atingem somente os direitos subjetivos sujeitos a uma violação, presumindo-se aqui um direito substantivo já exercido pelo titular, já transformado em ato, e que foi obstaculizado. Em contrapartida, os prazos decadenciais, porque o direito do titular existe apenas em potência, não em ato, alcançam os direitos subjetivos não sujeitos a uma violação, chamados faculdades. Nesse passo, segundo os critérios fixados por Agnelo Amorim Filho, conclui-se que todas as ações condenatórias (e somente elas) estão sujeitas à prescrição, ao passo que os únicos*

direitos para os quais podem ser fixados prazos de decadência são os chamados direitos potestativos, ligados às ações de cunho constitutivo. No concreto caso dos autos, repito, o requerente, visa a declaração de anulidade dos atos translativos de propriedade (escritura pública de cessão de direitos hereditários), pois que, na sua ótica, o negócio jurídico fundou-se em erro/simulação, decorrente de manifestação enganosa da sua vontade, onde um terceiro, ardilosamente lhe induziu a praticar ato jurídico diverso do que pretendia. A ação anulatória (que é o caso dos autos), por conter natureza eminentemente constitutiva (negativa), se insere dentre aquelas demandas que são atingidas pela decadência (pela via oblíqua, na verdade, já que ela fulmina o direito em si), uma vez que, ao se constituir no instrumento hábil para alcançar a anulação do negócio jurídico concebido mediante vício de consentimento (erro), tende à modificação e estados jurídicos. Dessa forma, no que toca ao início do prazo para a busca da concretização do direito, ao contrário do que sustenta o requerente, para quem só teria início a partir da data em que, segundo sustenta, teve conhecimento da verdadeira natureza do negócio, inicia-se, em verdade, da data em que houve a formalização da cessão de direitos, por se constituir no momento em que se consumou o ato reputado de vicioso, e que a parte autora pretende anular, como bem asseveram os arestos do Superior Tribunal de Justiça, infra transcritos: TRANSAÇÃO. DECADÊNCIA. A ação para desconstituir transação por vício de vontade deve ser exercida em quatro anos, sob pena de decadência do direito formativo (art. 178, § 9º, V, b, do CCivil). Recurso não conhecido. (REsp 468.026/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 04.02.2003, DJ 07.04.2003 p. 295).RESP 118051 / SP ; RECURSO ESPECIALRelator(a) Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (280) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 08/06/2000 Ementa DIREITO CIVIL. AÇÃO PAULIANA. FRAUDE NA DOAÇÃO DE IMÓVEIS. PRAZO DE DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DA CONTAGEM. CÓDIGO CIVIL, ART. 178, § 9º, V, "B". INTERPRETAÇÃO. I - Em se tratando de ação pauliana em que se postula a invalidação da doação de imóveis com base em alegação de fraude, o termo inicial do prazo de decadência conta-se da data do registro da respectiva escritura e não da lavratura desta. Precedente do STJ. II - Recurso especial não conhecido. Por outro lado, também não merece acolhida a alegação de que a suposta incapacidade do requerente obsta a fluência do prazo, porque como se viu acima, a questão encontra-se atingida pela decadência, cujo lapso é contínuo e ininterrupto, não se sujeitando às causas suspensivas e interruptivas aplicáveis à prescrição, por extinguir o próprio direito. **ISSO POSTO, ante o teor do art. 178, II do CC/2003, acolho a preliminar de decadência, e com base no art. 269, IV, determino a extinção do feito, com resolução de mérito**. *Condeno o requerente no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$ 850,00 (oitocentos reais), o qual deverá ser corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV desde o arbitramento, levando em conta a complexibilidade da causa, o tempo e o trabalho desenvolvido, e de acordo com o previsto no art. 20, § 3º do CPC. Todavia, considerando que o requerente esta amparado pela AJG, suspendo a exigibilidade do ônus que lhe foi imposta, ante o que dispõe o art.12 da Lei 1.050/60. Publicada em audiência. Saem as partes intimadas. Registre-se. Oportunamente, arquivem-se".* (f. 113-115).

Inconformado com o referido desfecho, o autor interpôs o presente recurso e afirmou que, não obstante o "negócio" ter-se realizado no ano de 2004, tomou ciência de seu teor somente no ano de 2011, porque à época dos fatos já era uma pessoa idosa, sem instrução, em razão de possuir discernimento limitado e comprometido.

Alegou que o réu-apelado, aproveitando-se de sua fragilidade, conforme se infere das fotos de f. 23, que evidenciam que se trata de idosa e deficiente, por não possuir um dos braços, lesou-o, violando as normas que regem o Estatuto do Idoso.

Defende que a ciência do autor, acerca do referido golpe, somente ocorreu em 2011 quando a citada escritura pública foi juntada nos autos da ação de despejo para uso próprio, Feito n.

0006925.62.2011.8.12.0019, promovida pelo autor em face de Maria José Silva Melo, sua ex-nora, oportunidade em que apresentou representação criminal junto ao Ministério Público (f. 13-22) e pugnou pela abertura de inventário, na qualidade de viúvo meeiro dos bens deixados por sua falecida esposa.

Questiona que não pode ser reconhecida a decadência do direito do demandante, porquanto não tinha conhecimento do referido negócio jurídico viciado, sendo, assim, discipienda a exigência de que deveria ter manifestado sua vontade e exercer seu direito.

Segundo as razões recursais, o autor-apelante não pode ser submetido às sanções da decadência, com fulcro nos princípios fundamentais da socialidade, eticidade e operabilidade, em harmonia com CF, a fim de que seja conferido prevalência aos valores coletivos em detrimento dos individuais.

Concluiu que em decorrência do absoluto desconhecimento do teor do negócio realizado, por tratar-se de pessoa idosa, com compreensão limitada, não lhe pode ser imputado o início da contagem do prazo decadencial, quando sequer era conhecido o direito postulado.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja afastada a alegada decadência da direito autoral.

Primeiramente cumpre registrar que, com fundamento no **princípio da substanciação**, enunciado pelo brocardo "*da mihi facto, dabo tibi ius*", a despeito de o autor-apelante sustentar sua pretensão alegando a ocorrência de vício de consentimento, resultante no erro, supostamente ocasionado pelo réu, seu antigo genro, em verdade, infere-se que o pedido inicial fundamenta-se na ausência de manifestação de vontade do autor-apelante, o que torna, portanto, nulo de pleno direito o negócio que se pretende invalidar.

Logo, se o ordenamento jurídico adota, como causa de pedir, a razão que serve de base à formulação do pedido e, consequentemente, ao exercício do direito de ação, é permitido que o julgador solucione o litígio de acordo com os fundamentos jurídicos adequados à controvérsia, ainda que o postulante não os tenha mencionado nos autos.

Neste sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 - STF. PRINCÍPIO DA SUBSTANCIAÇÃO. APLICAÇÃO. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. 1. Em recurso especial, não se analisa matéria constitucional. 2. Embora opostos embargos declaratórios, não se faz suprido o prequestionamento se o Acórdão deixa de se manifestar sobre um dos fundamentos trazidos; caberia à parte invocar afronta ao CPC, art. 535.* ***3. Adotado o princípio da substanciação, ao juiz cabe, com base nos fatos e fundamentos jurídicos trazidos, analisar todas as questões à luz do direito vigente.*** *4. O dissídio interpretativo deve ser demonstrado nos moldes do RISTJ, art. 255, e parágrafos. 5. Recurso não conhecido."* (REsp. 109.692/PI, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/1998, DJ 01/02/1999, p. 223).

Diante destas considerações, entendo que o presente litígio deve ser analisado com o foco diverso daquele consignado pelo juízo de origem, que, partindo do princípio de que o negócio seria anulável, acolheu a preliminar de decadência arguida pela parte demandada e extinguiu o feito, com fundamento no art. 269, inc. IV do CPC, face do decurso de prazo superior àquele estabelecido no art. 178 do CC para pleitear-se a anulação do negócio, contado do dia em que este se realizou.

Com efeito, na hipótese, o fundamento jurídico da ação é traduzido pela **ausência de manifestação de vontade**, externada defeituosamente, na realidade de um artifício, empregado para induzir à prática de um ato prejudicial, em proveito do réu, ora apelado.

De acordo com a lição doutrinária de Vicente Ráo:

> *"Os elementos volitivos compreendem a vontade propriamente dita, a vontade de declarar e a vontade do conteúdo da declaração, constituindo, com o fato ou comportamento da declaração, requisito essencial dos atos jurídicos". ("Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema entre os elementos volitivos e a declaração".* 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1981, pág.133).

Em verdade, as consequências e os efeitos jurídicos proporcionados pelo documento público, indevidamente assinado pelo apelante, não eram queridos/desejados por este. O apelante, homem idoso, com quase 80 (oitenta) anos, sem instrução, sozinho, com deficiência auditiva e física, foi presa fácil ao apelado, homem jovem, obtendo este, através do chamado "dolo de captação ou de sugestão" seus intentos de cessão dos direitos hereditários sobre imóvel, em que o apelante estabelecia sua residência.

De acordo com as circunstâncias que permeiam os autos, autoriza-se uma segura conclusão de que o apelado se valeu do precário estado mental do apelante, decorrente de senilidade e da baixa instrução, para obtenção da transferência, granjeando-lhe a estima, a simpatia, as boas graças, decorrente do vínculo familiar que possuíam (sogro e genro), conquistas impregnadas de má-fé, provocando-lhe equívoco sobre seus verdadeiros sentimentos.

Portanto, à evidência, tivesse o apelante atinado com a intenção de se seu ex-genro, com seus reais sentimentos, não assinaria qualquer documento de transferência de bens.

Desta forma, conclui-se que a captação ou sugestão, em casos tais, deturpa o caráter espontâneo do ato, o que, entretanto, deve ser objeto de prova, em instrução do processo, a fim de se comprovar estas alegações que se mostram pertinentes ao caso, diante de todas as circunstâncias que o permeiam.

Logo, se parte dos indícios que se evidenciam nos autos, são suficientes para demonstrar que a vontade do apelante não se manifestou livremente, imperiosa se faz a reforma da sentença recorrida que concluiu pela aplicação do dispositivo que determina o reconhecimento da decadência do direito de anulação de negócio jurídico, porquanto o litígio deve ser julgado por outro foco, atinente à falta / inexistência de manifestação da vontade e, que, assim, tornam nulo o referido negócio jurídico.

Esta conclusão parte do princípio de que a vontade é a mola propulsora dos atos jurídicos e, assim sendo, é de fundamental importância que essa vontade seja manifestada de forma livre e espontânea.

Assim, os negócios jurídicos têm, na vontade individual, seu impulso criador, razão por que, para serem normais e regulares, é preciso que a vontade exista de maneira espontânea, o que, *data venia*, não existiu no caso dos autos, segundo a narrativa exposta na inicial.

Como ensina J. J. Calmon de Passos, o "*nomen juris*" que se dê à categoria jurídica ou o dispositivo de lei que se invoque para caracterizá-la são irrelevantes, se acaso erradamente indicados. O juiz necessita do fato, pois que o Direito ele que o sabe. A subsunção do fato à norma é dever do juiz, vale dizer, a categoria jurídica do fato é tarefa do juiz" (*in* "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. III/143).

De acordo, portanto, com estes ensinamentos doutrinários, é lícito reconhecer que a narrativa da peça inaugural é de uma situação em que sequer houve manifestação de vontade do agente emissor do documento que se pretende anular, sendo equivocado, pois, falar-se em anulabilidade, mas em ato inexistente e que, portanto, não se convalida com o decurso do tempo.

Desta forma, faz-se pertinente determinar o retorno dos autos à origem, considerando que a causa não se encontra madura para julgamento, impossibilitando a aplicação do §3º do art. 515 do CPC, notadamente pela necessidade de dilação probatória.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação interposto por Mateus Veron e dou-lhe provimento, a fim de tornar insubsistente a sentença recorrida e determinar o retorno dos autos à origem para o regular processamento do feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Rubens Bergonzi Bossay e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 16 de julho de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0008797-43.2010.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – CERCEAMENTO DE DEFESA – INEXISTENTE – NEGÓCIO SUPERIOR A 10 SALÁRIOS MÍNIMO – AUSENTE INDÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL A RESPEITO – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

A prova exclusivamente testemunhal só se admite para pacto cujo valor não exceda o décuplo do salário mínimo, conforme art. 401 do CPC, podendo ser aceita desde que conjugada com outros elementos probantes, especialmente documentais aptos a corroborar as alegações da parte a serem confirmadas pelas testemunhas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de julho de 2013.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Dirceu Garcia de Oliveira interpôs recurso de apelação contra a sentença que julgou improcedentes os embargos por si opostos nesta ação monitória movida por José Pereira Garcia, declarando constituído o título executivo judicial.

O recorrente arguiu preliminar de cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide sem produção da prova testemunhal postulada, o que impossibilitou-lhe comprovar sua alegação de que entregou alguns bens ao autor em valor superior ao cobrado nestes autos, e em contrapartida o requerente lhe passou vários cheques pelo valor da diferença.

Ao final, requer o provimento do recurso para anular a sentença a fim de que seja realizada a instrução processual com a colheita de prova oral.

O recorrida apresentou contrarrazões à f. 103/105, protestando pela manutenção da sentença e alteração dos honorários fixados em R$ 2.500,00 para 20% do valor da dívida.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (Relator).

Conforme relatado, insurge-se o apelo contra a sentença que julgou improcedentes os embargos por si opostos nesta ação monitória movida por José Pereira Garcia, declarando constituído o título executivo judicial.

Trata-se de ação monitória proposta por José Pereira Garcia em face de Dirceu Garcia de Oliveira, visando a constituição de título executivo e posterior cobrança para compelir o requerido ao pagamento da importância de R$ 57.664,00, acrescida de juros e correção monetária, cuja dívida se origina em dois cheques emitidos pelo apelante no valor de R$ 47.064,00 (HSBC – lâmina n. 652292 – datada de 17/09/2007) e R$ 10.600,00 (Itaú – lâmina AA-000323 – datada de 23/01/2008).

Em sua defesa, o requerido/recorrente alegou que entregou os dois títulos de crédito ao autor como garantia de empréstimo em dinheiro que este lhe forneceu no importe de R$ 57.664,00. Em negociação posterior, o recorrido aceitou receber um trator e outros implementos agrícolas pelo valor de R$ 200.000,00, do qual seria descontada a dívida que já perfazia a quantia de R$ 80.000,00, e o requerente voltaria ao requerido o montante de R$ 120.000,00 representado por seis lâminas de cheque de sua titularidade no valor de R$ 20.000,00 cada, devolvendo-lhe os cheques dados em garantia. Contudo, entregue os bens, o autor não restituiu os títulos de crédito.

Na sentença, os embargos foram julgados improcedentes.

Assevera o recorrente que postulou a produção de prova testemunhal para demonstração dos fatos alegados, e a magistrada, ao julgar antecipadamente o feito, incorreu em cerceamento de defesa.

Feita essa breve síntese da demanda, tenho que o recurso não prospera, devendo a sentença ser mantida integralmente pelas razões a seguir demonstradas.

Nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, o juiz é o destinatário das provas, de modo que cabe a ele a instrução do processo e, em razão dessa função, o indeferimento de diligências inúteis, desnecessárias ou meramente protelatórias.

Cabe ao juiz, no intuito de formar o seu livre convencimento, decidir sobre a necessidade de produção de provas. E, nessa senda, a magistrada entendeu que, em razão da inexistência sequer de início de prova acerca da negociação alegada, inútil seria a colheita testemunhal, já que não se presta a comprovar pacto de valor superior a 10 salários mínimos.

Com efeito, incumbe ao magistrado a averiguação da necessidade de produção de provas, exatamente como procedeu o julgador no caso em tela. Colha-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *"IV - Não consubstancia cerceamento de defesa o indeferimento de produção de determinada prova, na hipótese do magistrado, destinatário desta, a considerar despicienda para o deslinde da controvérsia sendo que, ademais, o entendimento esposado pelo Tribunal de origem baseou-se na análise do conjunto probatório carreado aos autos (Súmula 7/STJ);"*
>
> (REsp. 1037819/MT, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 10/03/2010).

Consoante disposição do art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, o juiz conhecerá diretamente do pedido, quando a questão de mérito for de direito e de fato e não houver necessidade de produzir provas em audiência.

Este é o entendimento da Corte de strito Direito:

> *"3.* ***Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide.***
>
> *4. Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, 'a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material,* ***hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide' e que 'o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento****' (REsp n. 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99). (...)."*
>
> (AgRg no Ag 939737/MG - Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA - DJ 03.04.2008, p. 1).

A prova exclusivamente testemunhal só se admite para pacto cujo valor não exceda o décuplo do salário mínimo, conforme art. 401 do CPC, podendo ser aceita desde que conjugada com outros elementos probantes, especialmente documentais aptos a corroborar as alegações da parte a serem confirmadas pelas testemunhas.

Entretanto, no caso dos autos, como já dito, inexiste indício de prova acerca da suposta negociação para pagamento da dívida, sendo certo que o contrato de permuta acostado à f. 54/56 não se presta para tanto, uma vez que não menciona o empréstimo anterior havido entre as partes, as lâminas de cheque dadas em garantia e tampouco a existência de saldo em favor do devedor/apelante a ser pago em seis cheques no valor de R$ 20.000,00 cada.

Ou seja, referido documento não demonstra qualquer vinculação entre o débito objeto desta ação e o negócio ali noticiado, o qual, aliás, foi denominado como "permuta".

Assim, apesar dos argumentos do recorrente, suas alegações não encontram o menor respaldo nos elementos de prova constantes dos autos.

Ademais, o apelante igualmente sequer comprovou que o apelado lhe entregou seis cheques em decorrência do segundo negócio e em razão do qual deveria ter-lhe restituído as lâminas dadas em garantia, sendo que, ainda que tenha repassado a terceira pessoa em troca de dinheiro, poderia, ao menos, demonstrar a existência dos cheques através de juntada de microfilmagem ou algo semelhante.

Por outro lado, não é demais rememorar que, em se tratando de título de crédito, incumbe ao devedor exigir a entrega das cártulas quando efetua o adimplemento, retirando-as de circulação. A quitação deve ser provada mediante a retenção do título por aquele que deve e está realizando o pagamento ou através de documento emitido/subscrito pelo credor atestando a quitação regular, sob pena de o devedor reter o pagamento enquanto não lhe seja dada.

Veja-se os artigos do Código Civil que tratam da matéria:

> *"**Art. 319.** O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada.*

> ***Art. 321.*** *Nos débitos, cuja quitação consista na devolução do título, perdido este, poderá o devedor exigir, retendo o pagamento, declaração do credor que inutilize o título desaparecido.*
>
> ***Art. 324.*** *A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento.*
>
> ***Art. 901.*** *Fica validamente desonerado o devedor que paga título de crédito ao legítimo portador, no vencimento, sem oposição, salvo se agiu de má-fé.*
>
> *Parágrafo único. Pagando, pode o devedor exigir do credor, além da entrega do título, quitação regular."*

Logo, a extreme de dúvidas, o devedor/apelante, se efetuou o pagamento da dívida nos termos da negociação alegada, não adotou as cautelas mínimas de quitação, mormente ao se considerar o montante do débito, que, por óbvio, não poderia ter sido adimplido sem a emissão de documento mínimo e elementar que atestasse o pagamento.

Para demonstrar sua tese e a inexistência do débito objeto desta ação monitória, cabia ao recorrente a prova do fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, nos moldes do inciso II do art. 333, do CPC, ou seja, incumbia-lhe provar o pagamento da dívida representada pelas lâminas de cheques encartadas na inicial.

E, nesse ponto, o apelante nada demonstrou acerca da suposta negociação com o autor, e sequer forneceu indício de prova documental a respeito para respaldar a imperiosidade da prova oral, já que esta em isolado não é admitida em casos como o dos autos em que se discute valor superior ao estipulado pelo Código Civil, de modo que não subsiste o alegado cerceamento de defesa.

Além da total ausência de prova sobre a existência de contrato entre as partes, depõe contra a pretensão do recorrente o disposto no art. 401, do CPC, segundo o qual *"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"*.

Logo, não tendo o demandante apresentado qualquer documento para demonstrar suas alegações, a prova exclusivamente testemunhal é inadmitida pela lei processual civil no caso em tela, uma vez que o valor da demanda ultrapassa o décuplo do salário mínimo vigente no país, bem como em virtude da ausência de começo de prova por escrito, reputando-se como tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizá-lo como prova, nos termos do art. 402, I, do CPC.

Feitas essas considerações, demonstra-se imperativa a improcedência dos embargos, não merecendo reparos a sentença de primeiro grau.

Neste sentido, destacam os seguintes julgados:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADO –- PRECLUSÃO – COBRANÇA – CONTRATO VERBAL – COMPETE À PARTE AUTORA COMPROVAR O FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO, ÔNUS DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIU, INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DO SUPOSTO NEGÓCIO REALIZADO – ART. 401 DO CPC – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL – INVIABILIDADE.*
>
> *O indeferimento de prova testemunhal em audiência impõe a interposição do recurso de agravo, nos termos do § 3º do art. 523 c.c. 475 do CPC. Não havendo a interposição de recurso preclui o direito da parte.*

O julgador não pode presumir a procedência da ação apenas em função de alegações do demandante e conciso material probatório, sem haver preenchimento da exigência do ônus imposto no art. 333, I, do CPC.

Não é admissível prova exclusivamente testemunhal quando esta se destina à comprovação da existência de contrato verbal."

(Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.032842-1/0000-00 - Campo Grande, Relator - Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson, Terceira Turma Cível, 5.4.2010) (destacamos).

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS – LAVA-JATO, CONVENIÊNCIA E ESTACIONAMENTO – CONTRATO VERBAL – ALEGAÇÃO DE FALTA DE PAGAMENTO – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL – ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE AO AUTOR – ARTS. 333, I, E 401, AMBOS DO CPC – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – RECURSO DESPROVIDO.

Por força da norma do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, julga-se improcedente o pedido do autor, se este não se desincumbe do ônus de provar o alegado fato constitutivo de seu direito, sobretudo quando postula crédito superior ao décuplo do salário mínimo, com base em prova exclusivamente testemunhal."

(Apelação Cível - Sumário - N. 2011.003024-1/0000-00 – Corumbá, Relator - Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira, Quarta Turma Cível, 20.9.2011).

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DÁ PROVIMENTO DE PLANO A RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO MONITÓRIA – DUPLICATAS SEM ACEITE E SEM COMPROVANTES DE ENTREGA DE MERCADORIA – DOCUMENTOS NÃO HÁBEIS A APARELHAR AÇÃO MONITÓRIA – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL ACERCA DA EXISTÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO QUE SUPERA DEZ VEZES O VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO – INADMISSÍVEL – ART. 401 DO CPC – AGRAVO IMPROVIDO.

Em caso de emissão de duplicata sem aceite, deve o autor da ação monitória instruir a petição inicial com a nota fiscal acompanhada do comprovante de entrega e recebimento da mercadoria, sob pena de não configurar "prova escrita sem eficácia de título executivo", consoante disposto no art. 1.102a do Código de Processo Civil.

Nos termos do art. 401 do Estatuto Processual Civil, é vedada a prova exclusivamente testemunhal acerca da existência de negócio jurídico que supera dez vezes o valor do salário mínimo."

(Agravo Regimental em Apelação Cível - Execução - N. 2011.002420-0/0001-00 - Ponta Porã, Relator - Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro, Quarta Turma Cível, 16.8.2011) (destacamos).

Por conseguinte, inexiste de cerceamento de defesa no caso em tela em razão de estar o feito apto a julgamento pelos motivos aqui elencados.

Por fim, não conheço do pedido formulado pelo recorrido em contrarrazões quanto à estipulação dos honorários advocatícios por não ser este o meio processual adequado para tanto.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 09 de julho de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0352399-42.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DECLARATÓRIA C/C ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO E OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PERDAS E DANOS – COMPRA E VENDA DE VEÍCULO – IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA – EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL NÃO REGISTRADO EM CARTÓRIO E NÃO ANOTADO O GRAVAME NO CERTIFICADO DE REGISTRO DO VEÍCULO – CONTRATO NÃO OPONÍVEL A TERCEIRO DE BOA FÉ – DANO MORAL – OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE – SITUAÇÃO QUE TRANSPÕE OS LIMITES DO MERO ABORRECIMENTO – VALOR MANTIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O contrato de arrendamento mercantil não registrado em Cartório de Títulos e documentos e não anotado o gravame no certificado de registro do veículo não é oponível ao terceiro que, de boa fé, adquire o bem e, após o pagamento convencionado, vê-se impossibilitado a transferir o veículo para sua propriedade, diante das restrições junto ao órgão estadual de trânsito.

A conduta da instituição financeira e da loja especializada na comercialização de veículos em, firmarem o contrato de arrendamento mercantil, negociarem o mesmo bem com terceiro e, após, inserirem no documento o gravame referente ao arrendamento, impedindo o adquirente de transferi-lo para sua propriedade, caracteriza evento lesivo e ocasiona danos morais passivos de serem indenizados.

A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não podendo ser fonte de enriquecimento sem causa e nem inexpressiva a ponto de não atingir o seu duplo objetivo, que consiste reparação do abalo sofrido e em punição ao ofensor.

O valor dos honorários advocatícios deve ser mantido quando fixado em atenção aos critérios do artigo 20, do CPC, e suficientes as remunerar adequadamente o trabalho prestado pelo causídico.

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DECLARATÓRIA C/C ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO E OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PERDAS E DANOS – CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS – TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA – DATA DO ARBITRAMENTO - SÚMULA 362, STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A correção monetária no dano moral incide desde a data do arbitramento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de setembro de 2013.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Banco Itaúcard S.A., Rosmalí Moreira e Max Petterman interpõem recursos de apelações cíveis contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 11ª Vara Cível desta Comarca, nos autos ação declaratória c/c anulatória de ato jurídico de n. 0352399-42.2008.8.12.0001 movida por Max Petterman e Rosmalí Moreira em desfavor de Siqueira Automóveis Ltda, a qual julgou procedente o pedido inicial para: *A) afastar a preliminar de ilegitimidade ativa; B) condenar os requeridos, solidariamente, a pagar ao autor a indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), importe sobre o qual incide correção monetária pelo índice IGP-M/FGV a contar da data da publicação desta sentença e juros de mora de 1% a contar da data da primeira citação; C) determinar a anulação da transferência do veículo do nome do requerido (pessoa física) para o Banco Itaucard, cancelando o arrendamento feito entres estes e que seja emitida documentação do veículo em nome do primeiro autor (as custas para a anulação da transferência correm por conta dos réus solidariamente e as custas para emitir documentação do veículo para o nome do autor compete ao mesmo). Para tanto oficie-se ao DETRAN, mencionando o veículo descrito a f.22, item A.1 e encaminhando com ofício cópias de f.35 e 36; D) determinar a emissão/manutenção da posse do bem descrito (f.22, item A.1) em favor dos autores*. Ainda, condenou os requeridos, outrossim, ao pagamento solidário das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), corrigido pelo IGPM a contar da data da prolação da sentença e juros da primeira citação. Por fim, determinou que DETRAN seja oficiado para proceder desde logo ao bloqueio de transferência de veículo, evitando assim danos desnecessários à terceiros.

Em resumo, Banco Itaucard S.A. (p. 405/435) assevera, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva quanto ao pedido de rescisão contratual, pois não fez parte da relação jurídica em discussão, tampouco deve responder pelos atos praticados pela empresa Siqueira Automóveis, razão pela qual o feito deve ser extinto, com amparo no artigo 267, VI, do CPC.

No mérito, sustenta que:

1 - a responsabilidade pelos eventos narrados na inicial é exclusivamente dos autores, ora apelados, os quais não tomaram as precauções necessárias para a aquisição do veículo, sem verificar adequadamente a documentação do bem e a existência ou não de contrato de arrendamento e quantas parcelas ainda eram devidas anteriormente antes de firmarem o contrato de financiamento com a apelada, motivos pelos quais o pedido inicial é improcedente;

2 - atuou apenas como agente financiador, concedendo crédito aos autores para adquirirem o bem, não sendo possível a sua responsabilização por vícios existentes no bem adquirido;

3 - não restaram comprovados nenhum dos requisitos autorizadores da indenização pretendida na inicial, pois não há prova da conduta lesiva da apelante, nem quanto ao nexo de causalidade entre o dano suportado pelas vítimas e o ato;

4 - não houve a demonstração dos alegados prejuízos materialmente suportados;

5 - é necessária a prova cabal dos danos morais para que sejam indenizados, o que não restou evidenciado no caso em tela;

6 - caso mantido o entendimento acerca da condenação por danos morais, deve o valor ser fixado com moderação e atendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de incorrer em enriquecimento indevido pelos autores;

7 - a verba honorária deve ser reduzida.

Por fim, pede que seu recurso seja conhecido e provido para reformar a sentença nos moldes acima pretendidos.

Contrarrazões às f. 456/462.

Por sua vez, Rosmalí Moreira e Max Petterman (p. 437/445) sustentam, em síntese, que:

1 - ao caso em tela deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor;

2 - não tem condições de arcar com as custas processuais, razão pela qual requerem a concessão da gratuidade processual;

3 - a correção monetária deve ter por termo inicial a data da propositura da ação, não prevalecendo o entendimento do magistrado, que estabeleceu como marco inicial a data da prolação da sentença, uma vez que a demora no trâmite processual não pode prejudicar o direito dos autores.

Por fim, pedem que seu recurso seja conhecido e provido para reformar a sentença no ponto recorrido e conceder os benefícios da Justiça Gratuita.

Contrarrazões pelo Banco Itaúcard S/A as f. 450/454.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (Relator).

Conforme relatado, insurgem-se os recorrentes contra a sentença que julgou procedente os pedidos iniciais formulados na ação declaratória c/c anulatória de ato jurídico de n. 0352399-42.2008.8.12.0001 movida por Max Petterman e Rosmalí Moreira em desfavor de Siqueira Automóveis Ltda.

Considerando-se a matéria devolvida a esta Corte, passo ao exame das súplicas recursais.

Do recurso de apelação cível de Banco Itaúcard S/A.

Em resumo, o apelante assevera que não tem legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação, pois atuou apenas como agente financiador do negócio jurídico firmado entre as partes, de modo que não fez parte do contrato de compra e venda discutido nos autos. No mérito, insiste pela improcedência do pedido inicial, por não estarem demonstrados os requisitos necessários da reparação civil.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo ao seu exame, porém, antes de adentrar nas questões devolvidas a esta Corte, necessário um breve relato dos fatos para melhor compreensão da matéria posta em discussão.

Dessume-se dos autos que os autores Max Petterman e Rosmali Moreira ingressaram com a presente ação em desfavor da empresa Siqueira Automóveis Ltda para exercerem a propriedade plena sobre o veículo F-250, 2000/2000, placa HRR 3786, com a expedição da devida documentação, livre e desembaraçada de qualquer ônus.

Como visto, em 03/11/2006 os autores compareceram na empresa ré e adquiriram o veículo em questão, o qual estava em nome de Valter Soares Ferreira (f. 29), e, como forma de pagamento, entregaram

outra caminhonete F250, 1999/1999, placa CXY 3366, avaliada em R$ 45.000,00, mais a quantia de R$ 5.000,00 em dinheiro (f. 26).

Naquela ocasião, por existir uma alienação fiduciária em favor do Finasa S/A sobre o veículo adquirido, as partes concordaram que, em julho de 2007, tal contrato (financiamento) seria quitado e feitas as transferências dos bens acima delineados (f. 27).

Quando foram providenciar a documentação para as transferências, a autora entregou o DUT de seu veículo (F250, 1999/1999, dada como parte do pagamento), devidamente preenchido. E, ao requerer a documentação do veículo adquirido, foi informada de que, sobre o bem, existia um contrato de arrendamento mercantil, firmado, em 20/03/2006 – p. 35, entre Genival Siqueira da Silva (arrendatário) e Banco Itaucard S/A (arrendante).

Sem obter qualquer solução, os autores buscaram desfazer o negócio. Contudo, diante da negativa da ré, ajuizaram a presente ação.

Preliminar de ilegitimidade passiva.

Insiste o Banco Itaúcard S/A de que não tem legitimidade passiva, pois atuou como mero agente financeiro, não tendo qualquer relação com o contrato firmado entre as partes litigantes.

Como é sabido, nos termos do artigo 3º, do CPC, para propor ou contestar a ação é necessário ter legitimidade, sendo parte passiva aquele que é titular do interesse que se opõe ao afirmado na inicial.

No caso em tela, a instituição financeira detém a legitimidade passiva, uma vez que o pedido inicial abrange a anulação do contrato de arrendamento mercantil, entabulado entre Genival (representante da empresa Siqueira Automóveis) e Banco Itaucard S/A, sob a alegação de vício na sua formação.

Ademais, ainda que os autores relatem nos fatos a existência de um contrato de compra e venda de veículo firmado com a empresa Siqueira Automóveis Ltda, origem de toda a pretensão inicial, não buscam a sua anulação.

Assim, não há dúvidas acerca da legitimidade da parte apelante para figurar no polo passivo desta ação.

Feitas estas considerações, rejeito a preliminar.

Mérito.

Neste ponto, a instituição apelante alega que os requisitos necessários à reparação civil não restaram evidenciados no caso em discussão, motivo pelo qual o pedido inicial é improcedente.

Sem razão.

A responsabilidade civil, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, em regra, é objetiva. Vale dizer, toda a indenização derivada da relação de consumo exige, exceto para os casos em que a lei expressamente registra de modo diverso, para sua caracterização, a conduta lesiva, o dano e o nexo causal. Portanto, independentemente de haver culpa ou dolo, presentes os requisitos acima delineados, a vítima terá direito à indenização.

No caso dos autos, tenho que todos os elementos da reparação civil estão demonstrados.

Como se vê dos autos, não há dúvidas de que a instituição financeira contribuiu efetivamente para evento narrado na inicial.

Isto porque, conforme fartamente provado nos autos, os autores adquiriram o veículo F250, 2000/2000 e, mesmo depois de tomadas as devidas cautelas, foram surpreendidos com a existência de um contrato de arrendamento mercantil firmado entre o Sr. Genival e o apelante.

Ressalta-se que a postura dos autores no momento da celebração do contrato foi adequada e que os mesmos observaram as medidas necessárias para a aquisição do bem, tanto que, diante da existência de um financiamento sobre tal veículo, inclusive com a indicação da alienação fiduciária em favor do Banco Finasa S/A (f. 34), pactuaram que a transferência dos bens somente seria efetivada após a quitação deste contrato (f. 27).

Acontece que, conforme se verifica dos autos, o contrato de arrendamento mercantil entabulado entre o representante da empresa Siqueira e o banco apelante foi firmado em 20/03/2006 (antes da aquisição do bem pelos autores), porém o gravame somente foi incluído no documento do veículo objeto de arrendamento em 11/01/2007 (f. 35), após ter sido dado a baixa no contrato de financiamento com o Finasa.

Neste ponto, os documentos de f. 34 e 35 são elucidativos, pois indicam que sobre o veículo F250 havia o contrato de financiamento com o Banco Finasa S/A, firmado com o então proprietário do bem Valter Luiz Soares Ferreira, em 04/10/2004, com inclusão do gravame em 14/10/2004 e a sua baixa em 04/01/2007. Por sua vez, o arrendamento mercantil foi firmado em 20/03/2006 e o gravame incluído somente em 11/01/2007, momento posterior a contratação com os autores.

Assim, o que se vê é que a instituição financeira, apenas dez meses após a firmação da avença, fez constar a restrição na documentação do bem, sem demonstrar qualquer justificativa para sua conduta tardia e distanciando-se de seus costumes, pois é sabido que, uma vez contratado o arrendamento mercantil, o gravame é imediatamente inserido na documentação do bem arrendado.

Portanto, os autores não poderiam ter o prévio conhecimento deste contrato de arrendamento mercantil, pois, quando firmaram o pacto de compra e venda com a loja Siqueira Automóveis Ltda, a única restrição que existia sobre o bem era a alienação fiduciária em favor do Banco Finasa S/A, sobre a qual os contratantes estabeleceram um acordo, conforme antes já relatado.

Ressalta-se que o contrato firmado entre Genival e a instituição apelante era particular e somente teria efeitos contra terceiros se fosse registrado em cartórios de Títulos e Documentos, o que, na hipótese não restou comprovado. Também poderia surtir algum efeito se fosse procedida a inclusão de restrição. Contudo, esta ocorreu somente após as tratativas entre os autores e a loja Siqueira, de modo que, de fato, os apelados não poderiam dele ter conhecimento e, diante das circunstâncias dos autos, este se mostra ineficaz perante os autores.

Neste contexto, cito o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado no enunciado n. 92, de sua Súmula, a qual destaca: "A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor".

Além do mais, causa, no mínimo, estranheza que o arrendante, ora apelante, tenha procedido com o contrato de arrendamento mercantil em relação ao veículo F250, quando sobre este bem já recaia a alienação fiduciária em favor do Banco Finasa S/A, já que, como dito outras vezes, quando os autores procuraram a empresa requerida para adquirir o veículo, foram informados de que havia somente este gravame (alienação), ao qual foi dado baixa em janeiro de 2007.

Desta forma, não há dúvidas de que a conduta da instituição financeira foi lesiva, pois não procedeu de forma diligente, causando prejuízos a terceiros, os quais devem ser reparados.

Assim, a sentença adequadamente determinou a anulação da transferência do veículo do nome de Genival Siqueira da Silva para o Banco Itaucard, com o cancelamento do arrendamento feito entre estes e, ainda, com a emissão dos documentos do veículo em nome do primeiro autor (as custas para a anulação da transferência correm por conta dos réus solidariamente e as custas para emitir documentação do veículo para o nome do autor compete ao mesmo) e, por consequência, emissão/manutenção da posse do bem descrito (f.22, item A.1) em favor dos autores.

Quanto ao dano moral, insiste o apelante que este não restou provado e, portanto, não deve ser indenizado.

A súplica não procede.

Com efeito, pelos elementos constantes nos autos tenho que os prejuízos não patrimoniais suportados pelos autores restaram devidamente comprovados nos autos, os quais, após adquirirem o bem, não obtiveram o cumprimento da avença e foram surpreendidos com a alegação de o veículo havia sido objeto de novo financiamento, inclusive com a inserção do gravame no certificado de registro, o que impediu a transferência.

E mais, as próprias digressões fáticas constantes nos autos e devidamente comprovadas são suficientes para demonstrarem que tais eventos não se resumem a meros dissabores da vida em sociedade, mas atingem a esfera extrapatrimonial dos requerentes.

Ademais, não há como sustentar que os aborrecimentos são decorrentes do mero descumprimento contratual. A situação dos autos demonstra que os autores foram submetidos às situações humilhantes e de sofrimento que foge da normalidade.

Assim, provado o nexo causal, subsiste o dever de reparar os prejuízos advindos da conduta lesiva e, quanto ao pedido de redução do valor fixado na sentença a título de danos morais, razão também não assiste ao apelante.

Isto porque, na quantificação da indenização por dano moral, deve o julgador, atendendo-se às específicas condições do caso concreto, fixar o valor mais justo para o ressarcimento, lastreado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse propósito, impõe-se sejam observadas as condições do ofensor e do ofendido, assim como a intensidade do sofrimento, o grau de reprovação da atuação do agente ativo da ilicitude, bem como a finalidade de impor ao executor o caráter punitivo da condenação para que não seja reincidente nesta conduta. De outro lado, não se pode perder de vista que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

Assim, na ausência de critérios legais para fixar o valor da indenização por danos morais decorrente da conduta narrada neste processo, considerando o grau de culpa e a situação econômica dos ofensores, a potencialidade lesiva do dano e a necessidade das vítimas, bem como a finalidade da responsabilização, tenho que o valor arbitrado na sentença (R$ 15.000,00) deve ser mantido, por apresentar-se adequado à realidade fática e estar de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como com o entendimento desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, no que concerne aos honorários advocatícios, estes devem ser fixados em valor suficiente a remunerar o trabalho prestado pelo causídico, observando-se, para tanto, o disposto no artigo 20, do CPC.

Sendo assim, diante da complexidade da causa, do trabalho desenvolvido pelo advogado dos autos, do lugar da prestação do serviço e o tempo despendido com a ação, tenho que deve ser mantida a verba fixada pelo magistrado singular (R$ 2.500,00), não existindo motivos para reduzi-la.

Diante do exposto, conheço da súplica recursal, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo apelante e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença ora guerreada.

Do recurso de apelação cível interposto por Max Petterman e Rosmalí Moreira.

Inicialmente, esclareço que o pedido de justiça gratuita formulado pelos recorrentes já foi apreciado, oportunidade na qual foi indeferido, inclusive esta decisão foi submetida ao Órgão Colegiado, em razão do agravo regimental apresentado, o qual negou-lhe provimento.

Frente a isso, os recorrentes apresentaram petição (f. 492/495), pela qual noticiam o recolhimento das custas recursais e, por ser tempestivo e presentes os demais requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e passo a sua análise.

Insurgem-se os apelantes quanto ao termo inicial definido pelo magistrado singular para a incidência da correção monetária sobre o valor da condenação, ao argumento de que tal encargo deve incidir desde a data da propositura da ação, uma vez que a demora no trâmite processual não por prejudicar o direito dos autores.

Sem razão.

Com efeito, no caso em exame não incide o disposto na Súmula 43, do STJ. Tratando-se de condenação por danos morais, o índice de correção monetário incide desde a data do arbitramento do valor indenizatório, conforme se observa do enunciado n. 362, da súmula do STJ, a qual preconiza: *"A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento"*.

A propósito, vejamos os seguintes julgados:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALSA ACUSAÇÃO DE FURTO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ABORDAGEM INADEQUADA. DANO MORAL. CONFIGURADO. FIXAÇÃO DO QUANTUM. RELAÇÃO EXTRACONTRATUAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA N. 362/STJ. JUROS DE MORA. SÚMULA N. 54/STJ.*
>
> *1. A falsa acusação de furto e a abordagem inadequada dos prepostos do estabelecimento comercial expõem a pessoa a situação vexatória ensejadora de abalo emocional, ensejando, portanto, a indenização por dano moral.*
>
> *2. O termo inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais é a data do seu arbitramento, consoante dispõe a Súmula n. 362/STJ: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento". (AgRg no REsp 1258882 / SP – rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA – Quarta Turma – J. 18/06/2013 – DJe 27/06/2013).*
>
> *"A correção monetária, por sua vez, incide a partir da prolação da sentença, segundo inteligência da Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça". (agravo regimental 0802379-79.2011.8.12.0002 – rel. Des. Divoncir Schreiner Maran – Primeira Câmara Cível. J. 28/05/2013).*
>
> *"A correção monetária no dano moral incide desde a data do arbitramento (Súm. 362 STJ)." (Apelação Cível n. 0002074-34.2011.8.12.0001 – Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade – Segunda Câmara Cível. J. 11.06.2013).*

Assim, deve ser negado provimento à súplica dos requerentes.

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço dos recursos de apelações cíveis apresentados por Banco Itaucard S.A., Rosmalí Moreira e Max Petterman e nego-lhes provimento, mantendo inalterada a sentença ora guerreada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz Vilson Bertelli e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 10 de setembro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4006430-36.2013.8.12.0000 - Paranaíba
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS MATERIAIS – INCÊNDIO DE PASTAGENS E OUTRAS DE IMÓVEL RURAL – ROMPIMENTO DE CABO DE ALTA TENSÃO – DENUNCIAÇÃO À LIDE DA SEGURADORA CONTRATADA PELA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA – POSSIBILIDADE – ARTIGO 70, III, DO CPC - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 101, II – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Resta provido o agravo de instrumento, quando verificado que a decisão de primeiro grau deixou de acolher a denunciação à lide de seguradora contratada pela concessionária de energia elétrica, diante do entendimento jurisprudêncial e do disposto no artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil e do art. 101, inc. II, do CPC, sendo induvidoso neste último dispositivo que é possível a mencionada denunciação, mantendo-se vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de agosto de 2013.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

ENERSUL - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A, nos autos em que contende com ABC Agricultura e Pecuária S/A - ABC A&P interpôs agravo de instrumento, no qual, em síntese, sustenta que:

1. deve ser reformada a decisão que indeferiu a denunciação à lide formulada pela recorrente para que a empresa de seguro por ela contratada figure também no pólo passivo da ação de indenização proposta pela agravada;

2. não se sustenta a aplicação ao caso, da regra contida no artigo 88, da Lei n. 8.078/90, uma vez que o acidente noticiado na ação indenizatória, não decorreu da relação de consumo entre as atuais litigantes;

3. ainda que fosse aplicável as disposições do Código de Defesa do Consumidor, há de se considerar que a vedação à denunciação da lide ocorre nos casos dispostos no artigo 13, do CDC, que trata exclusivamente do direito regressivo do comerciante acionado pelo consumidor, em face do fabricante, construtor, o produtor ou importador do produto;

4. a nova ordem jurídica não deixa dúvidas de que se o segurado não denunciar a lide, dentro do prazo de um ano, a contar da data da citação realizada na ação de indenização que lhe é movida por terceiro prejudicado, não mais poderá ele, em ação autônoma, buscar a satisfação de sua pretensão regressiva.

Ao final requereu o deferimento de efeito suspensivo e, após, o provimento do recurso admitindo a mencionada denunciação.

O agravo foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, determinando-se a intimação da agravada para, querendo, no prazo legal, apresentar contraminuta ao recurso interposto, conforme dispõe o art. 527, V, do CPC.

Intimada (f. 228), a recorrida deixou de se manifestar (f. 229).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (Relator).

Conforme relatado, a agravante ENERSUL - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A, insurge-se da decisão que indeferiu a denunciação à lide formulada pela recorrente para que a empresa de seguro por ela contratada figure também no pólo passivo da ação de indenização proposta pela agravada.

Verifico, no presente caso, que assiste razão à recorrente quanto à necessidade de reforma da decisão por ela guerreada, uma vez que admitida a denunciação à lide da seguradora pela concessionária de energia elétrica.

A agravada argumenta em sua inicial:

> *"A autora é empresa dedicada ao ramo de criação de bovinos para corte, sendo possuidora de duas áreas rurais, de 363,00,00 has (trezentos e sessenta e três hectares), e 7.909,58,38 has (sete mil, novecentos e nove hectares, cinquenta e oito ares e trinta e oito centiares), respectivamente, denominada de FAZENDA LAPA DO LOBO, localizada no município de Paranaíba/MS, conforme certidões imobiliárias do Cartório de Registro de Imóveis de Paranaíba/MS, matrículas 22.034 e 21.199. (doctos. 2)*
>
> *Registre-se que a requerente por explorar bovinocultura de corte, com sistema de cria, recria e engorda, valia-se das pastagens tropicais em pastejo rotacionado e alternado.*
>
> *Acontece que no dia 23 de setembro de 2011, ocorreu um incêndio na Fazenda Lapa do Lobo, conforme especificado acima, provocado em razão de um rompimento de um fio de alta tensão de energia, da empresa requerida.*
>
> *A Central de Operações do Corpo de Bombeiros de Paranaíba/MS, foi imediatamente chamada ao local do incêndio, para combater o fogo que se espalhava rapidamente. Conforme certidão de ocorrência de n. 018/SSAA-3/2011, o incêndio atingiu uma extensa área de pastagens, tendo como causa a queda de um cabo da rede de energia elétrica.*
>
> *No Boletim de Ocorrência policial de n. 2960/2011 constou o seguinte:*
>
> *'chegou ao conhecimento deste plantão policial através do comunicante acima qualificada que na data e horário acima mencionados iniciou-se um incêndio começando por um fio de alta tensão da ENERSUL (que posteriormente fora consertado pela própria ENERSUL), que o fogo alastrou-se pelas pastagens rapidamente e o Corpo de Bombeiros*

Militar foi acionado, enviando um caminhão e três bombeiros que foram ajudados também pela empresa Triângulo, a EHT, Algar Agro (caminhão de Uberlândia/MG), 2 tratores com reboque de pipa e diversos funcionários da empresa e fazendas vizinhas onde também houve prejuízo (Fazenda Partezan e Fazenda do Edno Nogueira), que o fogo só foi controlado após 24 horas sendo que a PMA foi até o local nesta segunda-feira relatando que o incêndio atingiu cerca de 1.500 has. Que o comunicante relata também que foram danificadas 40 km de cerca, diversas porteiras, bem como o remanejamento do gado que ficou sem pastagem. Que a perícia esteve no local.'

Conforme laudo técnico elaborado pelo engenheiro eletricista, o Sr. Gustavo Henrique Panucci da Silva: (docto 03).

'o fogo teve início com a ruptura do cabo elétrico de média tensão classe 13.8 KV, entre as estruturas de n. 228 e 230'.

E certifica ainda que:

'foi constatado que há necessidade de manutenção, em caráter de urgência, no cabo citado, pois o mesmo continua oferecendo riscos de nova ruptura'.

Insta salientar, que o fogo se espalhou rapidamente pelas pastagens atingindo uma área total de aproximadamente 1.500 hectares, causando imensuráveis danos materiais à requerente.

O malfadado incêndio ocasionou a destruição das pastagens e das estruturas físicas dos piquetes, promovendo a necessidade de relocação do rebanho de gado para outras fazendas da região.

O fogo destruiu e danificou a estrutura física da fazenda, como cercas, arames, mourões, porteiras, currais de manobra, e ainda invadiu a área de interesse ambiental (reserva legal e área de preservação permanente).

Por tal motivo, no dia 03 de outubro de 2011, o IMASUL Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul, compareceu ao local dom incêndio, e imediatamente emitiu um laudo de constatação, com o seguinte teor:

'Há queima de pastagens em uma área de 1.500 has, sendo 17 has de reserva legal e 04 has de área de preservação permanente, sendo que as referidas medições foram realizadas com o GPS GARMIN ETREX.'Osmar Batista de Sena SGTO PM Mat. 202465-9.

Em seguida, após ter realizado o laudo de constatação, o representante do IMASUL emitiu uma notificação à requerente para que apresentasse em 30 dias, os seguintes documentos: mapa da propriedade rural, memorial descritivo, averbação em cartório de reserva legal, georeferenciamento e autorização para queima, o que foi devidamente apresentado.

Posteriormente, devido às queimadas, emitiu três autos de infrações, em desfavor da empresa requerente, alegando que houve infração aos seguintes dispositivos legais:

(...)

Todos estes autos de infração estão sendo questionados pela requerente, através de recurso administrativo junto ao IMASUL, onde restará demonstrado, que todas as queimadas foram provocadas por culpa exclusiva da empresa requerida.

> *Portanto, conclui-se, claramente que o incêndio iniciou-se por falha de manutenção das redes de transmissão da empresa requerida, provocado pela queda de um cabo da rede elétrica sobre o solo, uma vez que a requerida não realizava periodicamente a manutenção do sistema elétrico."* (*sic*, f. 25-28).

Após contestar a ação de indenização por perdas e danos decorrente de incêndio em pastagens e em outras áreas na fazenda da autora, segundo essa última, decorrentes de rompimento de cabo de energia e consequência produção de fogo (f. 25-28), a agravante denunciou à lide a empresa companhia de seguros "*FAIRFAX Brasil Seguros Corporativos S.A*", alegando que a denunciada está obrigada a lhe indenizar pelos prejuízos que venha sofrer em decorrência de eventual procedência da demanda (f. 131-134). A apólice segue às f. 138-182, como prova da relação de garantia existente entre denunciante e denunciada, cuja vigência se deu até a data de 31/10/2011 (f. 138), ou seja, até posterior data do dano reclamado na exordial.

O artigo. 70, III do Código de Processo Civil dispõe:

> *"A denunciação da lide é obrigatória:*
>
> *(...)*
>
> *III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda."*

Ocorre que, diante dos termos da inicial, descrevendo os fatos, inegável a relação de consumo entre a requerente e requerida, de modo que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 88, estabelece que "*Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos,* ***vedada a denunciação da lide***." (Destaquei).

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que "*é possível o prestador de serviço denunciar à lide, mesmo nas relações de consumo, somente incidindo a vedação do art. 88 do estatuto consumerista quando se tratar de comerciante*" (*sic*), veja:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. ART. 70, III, DO CPC. INDEFERIDA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HIPÓTESE QUE NÃO CONTEMPLA A CELERIDADE E A ECONOMIA PROCESSUAL. INVIABILIDADE.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte firmou posicionamento no sentido de que é possível o prestador de serviço denunciar à lide, mesmo nas relações de consumo, somente incidindo a vedação do art. 88 do estatuto consumerista quando se tratar de comerciante.*
>
> *2. Ainda que tenha sido indevidamente rejeitada pelas instâncias ordinárias, a denunciação da lide fundada no contrato de seguro é manifestamente inconveniente, em sede de recurso especial, pois implicaria a anulação dos atos processuais a partir do seu indeferimento, devendo-se prestigiar os princípios da economia processual e da celeridade processual.*
>
> *3. Agravo regimental não provido."*
>
> (STJ - AgRg no REsp. 702.689/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 29/10/2012).

Tal entendimento se deve pelo teor do artigo 101, II, do próprio CDC, dispondo:

> *"Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:*
>
> *(...)*
>
> *II - **o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil.** Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este."* (Destaquei).

Neste sentido:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL – EXPLOSÃO DE BOTIJÃO DE GÁS LIQÜEFEITO DE PETRÓLEO (GLP) – AÇÃO ENDEREÇADA EM FACE DA DISTRIBUÍDORA DE GÁS – CHAMAMENTO AO PROCESSO DA SEGURADORA – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *O Código de Defesa do Consumidor admite, em caráter excepcional, nos termos do art. 101, inciso II, em se tratando de ação de responsabilidade civil decorrente de relação de consumo, o chamamento ao processo da companhia seguradora contratada pelo requerido.*
>
> *A sentença que julgar procedente o pedido, condenará a ambos nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil, valer dizer, o decisum constituirá título executivo em favor do consumidor, tanto contra o segurado, quanto o segurador." (TJ/MS - 5ª Câmara Cível - Agravo - N. 0025916-12.2012.8.12.0000 - Relator Des. Vladimir Abreu da Silva – Publicação: 29/11/2012)*

Diferente não é o entendimento desta Segunda Câmara:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. CONTRATO DE SEGURO. DIREITO DE REGRESSO. POSSIBILIDADE.*
>
> *Admite-se a denunciação da lide quando a denunciada está obrigada, por contrato de seguro, a indenizar em ação regressiva os prejuízos que o denunciante venha a sofrer em decorrência de eventual procedência da demanda.*
>
> *Recurso conhecido e provido, para deferir a intervenção de terceiros." (TJ/MS - 2ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento N. 0602644-37.2012.8.12.0000 - Relator Juiz Vilson Bertelli – Julgamento: 26/02/2013).*

Em caso semelhante ao discutido nestes autos, porém já com a participação da seguradora denunciada, o Desembargador Marco André Nogueira Hanson, julgou ser inadmissível apenas a participação do Instituto de Resseguros do Brasil, veja:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS – DENUNCIAÇÃO À LIDE DO IRB BRASIL RESSEGUROS*

– INCABÍVEL – CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA – INCÊNDIO DE PASTAGENS EM DECORRÊNCIA DE QUEDA DE POSTE DE REDE ELÉTRICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – DENUNCIAÇÃO À LIDE DA SEGURADORA – CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO INTEGRAL DA QUANTIA PAGA PELA CONCESSIONÁRIA – AUSÊNCIA DE CLÁUSULA LIMITADORA DA RESPONSABILIDADE NO CONTRATO DE SEGURO – RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA PELAS CUSTAS E HONORÁRIOS – APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA – AGRAVO RETIDO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 - Não se admite na denunciação da lide a intromissão de fundamento jurídico novo. Daí a impossibilidade da denunciação da lide do IRB Brasil Resseguros SA, ou seja, do instituto de resseguros, sob pena de introduzir na lide fundamento jurídico novo.

2 - A concessionária de serviço público tem responsabilidade objetiva, devendo assumir os riscos inerentes a sua atividade, se não conseguiu demonstrar caso fortuito ou de força maior, deve indenizar os prejuízos sofridos em virtude do incêndio causado por descarga elétrica.

3 - Comprovados os danos materiais, devida a condenação do lesante ao ressarcimento dos prejuízos suportados

4 - Mantém-se a responsabilidade da seguradora ao ressarcimento integral dos valores de despendidos pela segurada quando inexiste no contrato cláusula limitadora da sua responsabilidade.

5- Demonstrada nos autos a resistência da seguradora denunciada à lide, impõe-se a sua condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais." (TJ/MS - 3ª Câmara Cível – Apelação n. 0002916-94.2007.8.12.0052 - Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson - Julgamento: 27/11/2012).

Assim, diante do exposto e fundamentado, dou provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão agravada e deferir a denunciação à lide a companhia de seguros "*FAIRFAX Brasil Seguros Corporativos S.A*", formulada pela recorrente nos autos da ação n. 0801608-19.2012.8.12.0018, originária deste recurso, restando vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz Vilson Bertelli e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 06 de agosto de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0002336-60.2011.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA – JULGAMENTO *EXTRA PETITA* – AFASTADA – MÉRITO – PARTILHA DE BEM IMÓVEL OBJETO DE DOAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – BEM DOADO ANTES DO CASAMENTO – UNIÃO ESTÁVEL – REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS – BENS DOADOS – INCOMUNICABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Em face do princípio da congruência, o *decisum* deve ficar restrito aos limites do pedido, mas não deve ser considerada *extra petita* a sentença exclui determinado imóvel da partilha dos bens do casal.

No regime de comunhão parcial de bens comunicam-se os bens adquiridos por título oneroso, desde que tenham se incorporado ao acervo durante a constância do casamento.

A aquisição não onerosa de bem imóvel recebido a título de doação não deve integrar a partilha de bens do casal, nos termos do artigo 1.659, I, do CC.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de setembro de 2013.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

G. R., irresignado com a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial referente à ação de divórcio litigioso que lhe propusera M. G. D. R., interpõe recurso de apelação objetivando sua reforma.

Em suas razões recursais (f. 139-142), o recorrente afirma, preliminarmente, a nulidade da sentença por ter sido proferida de forma *extra petita*, considerando que *"não obstante a requerente, ora apelada, declarar expressamente que na 'constância da união estável e posterior casamento civil, o casal adquiriram bens móveis e imóveis que devem ser partilhados a forma da lei', e formular o*

pedido da partilha, também, do bem imóvel, a digna magistrada afastou-se do pleito e, consequentemente, proferiu julgamento 'extra petita'" (f. 141).

No mérito, destaca que a própria apelada afirma que a doação do terreno e a edificação do imóvel residencial foram fruto do esforço comum e efetivo do casal, razão pela qual deve ser objeto de partilha.

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de tornar insubsistente a sentença recorrida ou para reformá-la, nos termos da fundamentação supra.

Intimada, a recorrida apresentou contrarrazões (f. 145-149), pedindo a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

Deixei de encaminhar os autos à PGJ, uma vez que o recurso versa apenas sobre direitos patrimoniais pertencentes a pessoas capazes.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por G. R. contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial referente à ação de divórcio litigioso que lhe propusera M. G. D. R.

Em suas razões recursais (f. 139-142), o recorrente afirma, preliminarmente, a nulidade da sentença por ter sido proferida de forma *extra petita*, considerando que *"não obstante a requerente, ora apelada, declarar expressamente que na 'constância da união estável e posterior casamento civil, o casal adquiriram bens móveis e imóveis que devem ser partilhados a forma da lei', e formular o pedido da partilha, também, do bem imóvel, a digna magistrada afastou-se do pleito e, consequentemente, proferiu julgamento 'extra petita'"* (f. 141).

No mérito, destaca que a própria apelada afirma que a doação do terreno e a edificação do imóvel residencial foram fruto do esforço comum e efetivo do casal, razão pela qual deve ser objeto de partilha.

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de tornar insubsistente a sentença recorrida ou para reformá-la, nos termos da fundamentação supra.

Intimada, a recorrida apresentou contrarrazões (f. 145-149), pedindo a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

Deixei de encaminhar os autos à PGJ, uma vez que o recurso versa apenas sobre direitos patrimoniais pertencentes a pessoas capazes.

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela análise da preliminar suscitada pela recorrente.

Da preliminar.

Da nulidade da sentença por julgamento *extra petita.*

A primeira tese trazida neste recurso está relacionada à nulidade da sentença, considerando que proferida de forma *extra petita*, já que a própria recorrida afirma que o imóvel localizado na Rua Frei Mariano, lote 15, matrícula n. 25.221 é fruto do esforço econômico comum do casal.

Como é cediço, em obediência ao princípio da congruência, deve haver exata correspondência entre o que foi pedido e o que foi decidido, razão pela qual a sentença deve guardar uma correlação (correspondência) com a demanda, nos termos do que dispõe o artigo 128 do CPC. Humberto Theodoro Junior acrescenta que *"o núcleo da petição inicial é o pedido, que exprime aquilo que o autor pretende do Estado frente ao réu"* (Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 318).

Dessa forma, ao elaborar sua petição inicial, mais precisamente o seu pedido, o autor fixa os limites da lide, devendo existir uma correlação entre a pretensão expressamente formulada e a sentença, sendo defeso ao juiz decidir aquém (*citra* ou *infra petita*), fora (*extra petita*) ou além (*ultra petita*) do que foi efetivamente pedido, se para isto a lei exigir a iniciativa da parte, nos termos do artigo 460, do CPC que reza, *in verbis*: *"Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."*

Nos termos do que dispõe o artigo 293, os pedidos devem ser interpretados restritivamente, de modo que se o autor houver omitido na petição inicial um pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo, exceto nas hipóteses em que a lei autoriza o reconhecimento de pedido implícito. Em regra, somente integra o pedido o que nele estiver expressamente contido.

In casu, colhe-se da exordial que a autora pugnou pela declaração do divórcio direto do casal, formulando o seguinte pedido (f. 06):

> *"(...)*
>
> *2. Seja a presente ação julgada procedente para, ao final por sentença, ser declarado o divórcio direto do casal, colocando fim ao vínculo matrimonial e a partilha dos bens nos moldes sugerido acima.*
>
> *(...)".*

Ora, quando da prolação da sentença, a magistrada *a quo* atendeu exatamente aos termos do pleito inicial, não havendo que se falar em julgamento *extra petita*.

Atente-se para o fato de que a necessidade de inclusão de determinado bem na partilha é questão afeta ao mérito e assim deve ser apreciada.

Logo, afasto esta preliminar.

Passo, então, à análise do mérito recursal.

Do mérito.

No mérito, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber ser o bem imóvel objeto da matrícula n. 25.221 deve integrar a partilha de bens do casal.

Conforme se infere dos autos, as partes contraíram núpcias em 16 de dezembro de 2005, em regime de comunhão parcial de bens, mas viviam em regime de união estável desde dezembro de 2002. Posteriormente, em razão da insuportabilidade da vida em comum, separaram-se de fato em 2007.

Durante a convivência do casal, foram adquiridos alguns bens, sendo que, na sentença de divórcio e partilha ora recorrida, foi feita a seguinte divisão dos bens do casal (f. 132):

"(...)

Pelo exposto e por tudo o mais que dos autos consta, com fundamento no art. 269, II do CPC, julgo procedente em parte o pedido de Divórcio Direto Litigioso aduzido pela parte requerente em face da parte requerida, decretando o Divórcio Direto Litigioso aduzido pela parte requerente em face da parte requerida, decretando o Divórcio, com fundamento no artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal, combinado com o artigo 40 da Lei 6.515/77, voltando, em sendo o caso, o cônjuge virago a usar o nome de solteira, bem como determino a partilha dos móveis que guarnecem o lar conjugal e os dois veículos indicados nos autos, na proporção de 50% para cada cônjuge. Outrossim, julgo improcedente a reconvenção apresentada.

(...)".

Todavia, insurge-se o recorrente contra a parcela da sentença que deixou de incluir o bem imóvel na partilha dos bens.

Oportuno lembrar que no regime de comunhão parcial consideram-se comuns todos os bens amealhados na constância do casamento, por serem o resultado ou o fruto da estreita colaboração que se forma entre o marido e a mulher, salvo algumas exceções expressamente previstas em lei. Assim, restou disposto no Código Civil:

"Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes".

"Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III – as obrigações anteriores ao casamento;

IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII – as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes".

"Art. 1.660. Entram na comunhão:

I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III – os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

> *V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão".*
>
> *"Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento".*

Desse modo, comunicam-se os bens adquiridos por título oneroso, desde que tenham se incorporado ao acervo durante a constância do casamento. Excluem-se da incidência da regra, portanto, os adquiridos antes do casamento, os adquiridos a título gratuito e os que vierem a integrar o patrimônio individual do cônjuge durante o período de rompimento fático anterior à separação judicial.

No caso *sub judice*, a documentação encartada aos autos comprova que imóvel em questão (matrícula n. 25.221, da 1ª CRI de Corumbá – f. 12) foi doado à Sra. M. G. D. R. em 20 de maio de 2005, ou seja, enquanto ainda era solteira (f. 50-51).

Assim, considerando que a doação ocorreu antes do casamento, o imóvel pertence exclusivamente à recorrida.

Ainda que seja considerado o fato de o casal viver em união estável quando da doação, certo é que o regime de bens durante a convivência é o da comunhão parcial, conforme artigo 1.725, do CC (*"Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens"*).

Logo, o bem doado deve ser excluído da comunhão, senão vejamos:

> *"Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:*
>
> *I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;*
>
> *(...)".*

Portanto, agiu acertadamente a magistrada *a quo* ao excluir referido bem imóvel da partilha de bens do casal, notadamente considerando que *"eventual partilha do referido bem, assim, apenas corroboraria eventual tentativa de burla à legislação pátria na tentativa de doar bem imóvel à estrangeiro não regular no Brasil"* (f. 132).

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

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Giorgio Roz contra decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá nos autos da ação de divórcio movida por M. G. D. R. Acompanho o insigne Relator para afastar a preliminar de nulidade da sentença por julgamento extra petita e, no mérito, negar provimento ao apelo uma vez que o imóvel em discussão foi doado à apelada antes de contrair matrimônio com o recorrente.

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

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 17 de setembro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0017854-82.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – LÂMINA DE CHEQUE EXTRAVIADA – CONTA CORRENTE JÁ ENCERRADA – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO CONSUMIDOR NO CADASTRO DE INADIMPLENTES – ÔNUS DA PROVA – DANO MORAL PRESUMIDO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO – RECURSO ADESIVO CONHECIDO E PROVIDO.

- O caso em tela trata de uma relação de consumo, e que o dano moral afirmado na inicial é decorrente da má prestação de um serviço e da conduta imprudente e precipitada da instituição financeira em proceder, indevidamente, a negativação do nome da autora da ação.

- Vige em nosso direito a regra do artigo 333, do Código de Processo Civil, afirmando que o ônus da prova cabe ao réu em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

- A indevida inclusão de uma pessoa nos cadastros de inadimplentes causa vários constrangimentos e a perda da credibilidade pessoal e negocial, tudo com sérios reflexos em sua honra e respeitabilidade, danos estes que, nos casos de inscrição indevida em cadastro oficial, restam provados com a simples demonstração do próprio fato da inscrição, o que foi feito nos autos.

- Deve ser majorado o montante fixado a título de danos morais se não foram atendidos os critérios da razoabilidade e demais aspectos de ambas as partes.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES – COMPROVAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA – OBSERVÂNCIA DA REGRA DO ARTIGO 43, § 2°, DO CDC – DANO MORAL PRESUMIDO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – CORREÇÃO MONETÁRIA – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – JUROS DE MORA CONTADOS DA DATA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO.

- A prévia comunicação disposta no art. 43, § 2°, do CDC, é um dever dos órgãos de proteção ao crédito (SERASA, SPC etc.).

- A indevida inclusão de uma pessoa nos cadastros de inadimplentes causa vários constrangimentos e a perda da credibilidade pessoal e negocial, tudo com sérios reflexos em sua honra e respeitabilidade, danos estes que, nos casos de inscrição indevida em cadastro oficial, restam provados com a simples demonstração do próprio fato da inscrição, o que foi feito nos autos.

- Deve ser majorado o montante fixado a título de danos morais se não foram atendidos os critérios da razoabilidade e demais aspectos de ambas as partes.

- Com relação à correção monetária, se o pedido de reforma coincide com o que fora definido na sentença, carece a parte de interesse recursal, razão pela qual a matéria não deve ser conhecida.

- Se o valor da indenização foi fixado em quantia certa na sentença, o termo inicial para incidência de juros deve ser o da prolação do *decisum.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso do Banco Industrial e Comercial S/A, dar provimento ao apelo de Maria José D. Araújo e conhecer em parte do recurso do Serasa e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de junho de 2013.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Banco Industrial S/A (BIC Banco), irresignado com a sentença que julgou procedentes os pedidos contidos na inicial da *Ação de indenização por danos morais com pedido de tutela antecipada* contra si proposta por Maria José Domingues Araújo, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Nas razões recursais que traz a este Sodalício (f. 152-158), aduz que "*às f. 48-49 observa-se que n dia 10/10/2007 foi lavrada ocorrência, pela requerente, na qual não constava o talão de cheque que do Banco apelante, e que apenas 14 meses depois, após a alegada cientificação da inscrição no SERASA, a requerente foi à Delegacia para registrar que também teria perdido o talão de cheque do Banco*" (f. 184).

Acrescenta que a requerente não teve a devida cautela com seus documentos, porque já deveria ter registrado ocorrência de extravio no primeiro momento em que teve ciência da perda, se é que realmente houve o dito extravio.

Declara que "*a apelada agiu com má-fé, tentando inicialmente levar o apelado a erro, aduzindo que a conta era fraudulenta (f. 23/25), e que a assinatura não era sua, para depois admitir que possuirá uma conta no passado junto a instituição apelante. E que é mais grave, discorda que tenha assinado a lâmina de cheque, porém não registra no Boletim de Ocorrência o extravio do talão, só vindo fazê-lo mais de um ano depois e quando apareceu o cheque mencionado nestes autos, cuja assinatura possui linhas idênticas (vide f. 12, 17, 18 e 21)*" (f. 184).

Enfatiza que sua conduta não caracterizou ato ilícito, porque agiu no exercício regular de um direito, pois, além de a requerente não ter comunicado a perda dos talões de cheque, emitiu cheque, já que a assinatura aposta na lâmina é idêntica a dela.

Insurge-se contra o valor da condenação, que acabará importando em enriquecimento sem causa da autora da ação.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso, para que seja afastada a condenação da instituição financeira a arcar com os danos morais, invertendo-se os ônus da sucumbência. Pede, ainda, no caso de manutenção da condenação, que seja reduzido o *quantum* indenizatório.

A autora da ação, Maria José Domingues Araújo**,** recorre adesivamente (f. 192-199), objetivando a majoração do quantum indenizatório fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), para a quantia de R$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais) ou, alternativamente, a valor superior àquele.

Intimada, a instituição financeira ofertou contrarrazões (f. 207-212), visando à manutenção do *quantum* indenizatório fixado na sentença.

Por ordem deste Relator (f. 215-216), sanada a irregularidade na intimação da SERASA S/A (f. 217-229), esta também ofertou recurso de apelação (f. 218-229).

Diz que "*a Serasa não se imiscuiu na relação negocial mantida entre a instituição financeira credora e a Apelada, não podendo ser responsabilizada pela reprodução das informações constantes nos Cadastros de Emitentes de Cheques sem fundos*" (f. 223).

Acerca dos cheques devolvidos sem provisão de fundos, assevera que a responsabilidade pelas informações a ela repassadas é exclusivamente do Banco sacado, bem como a de comunicar a inclusão do nome do consumidor em seu cadastro.

Sublinha que todos os elementos ensejadores de eventual dano devem ser mostrar presentes e irrefutáveis, o que não ocorre *in casu.*

Rechaça o valor fixado a título de danos morais.

Quanto aos juros e correção monetária, indica como termo inicial a data da decisão que fixou a indenização.

No desfecho, pede o conhecimento e provimento do recurso, para reformar a decisão, evitando o enriquecimento sem causa da requerente, querendo, alternativamente, a redução do valor da indenização.

Intimada, a autora da ação ofertou contrarrazões (f. 264-268), objetivando a manutenção da decisão guerreada no tocante à responsabilização da empresa apelante.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator).

Consoante relatado, tratam-se de dois recursos de apelação e um recurso adesivo. Os apelos foram manejados por Banco Industrial S/A (BIC Banco) e SERASA S/A, e o adesivo pela requerente Maria José Domingues Araújo**,** todos tirados contra sentença que julgou procedentes os pedidos contidos na inicial da *Ação de indenização por danos morais com pedido de tutela antecipada* que esta última ajuizou contra os primeiros.

Inicio pela análise do recurso de apelação manejado pelo requerido Banco Industrial S/A (BIC Banco) e pelo recurso adesivo da autora da ação, Maria José Domingues Araújo, já que as matérias são coincidentes.

Do Recurso de Apelação manejado pelo Banco Industrial / (bic banco) e do recurso adesivo de maria josé domingues araújo.

Nas razões recursais que traz a este Sodalício (f. 152-158), o Banco Industrial S/A (BIC Banco) aduz que "*às f. 48-49 observa-se que n dia 10/10/2007 foi lavrada ocorrência, pela requerente, na qual*

não constava o talão de cheque que do Banco apelante, e que apenas 14 meses depois, após a alegada cientificação da inscrição no SERASA, a requerente foi à Delegacia para registrar que também teria perdido o talão de cheque do Banco" (f. 184).

Acrescenta que a requerente não teve a devida cautela com seus documentos, porque já deveria ter registrado ocorrência de extravio no primeiro momento em que teve ciência da perda, se é que realmente houve o dito extravio.

Declara que "*a apelada agiu com má-fé, tentando inicialmente levar o apelado a erro, aduzindo que a conta era fraudulenta (f. 23/25), e que a assinatura não era sua, para depois admitir que possuirá uma conta no passado junto a instituição apelante. E que é mais grave, discorda que tenha assinado a lâmina de cheque, porém não registra no Boletim de Ocorrência o extravio do talão, só vindo fazê-lo mais de um ano depois e quando apareceu o cheque mencionado nestes autos, cuja assinatura possui linhas idênticas (vide f. 12, 17, 18 e 21*)" (f. 184).

Enfatiza que sua conduta não caracterizou ato ilícito, porque agiu no exercício regular de um direito, pois, além de a requerente não ter comunicado a perda dos talões de cheque, emitiu cheque, já que a assinatura aposta na lâmina é idêntica a dela.

Insurge-se contra o valor da condenação, que acabará importando em enriquecimento sem causa da autora da ação.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso, para que seja afastada a condenação da instituição financeira a arcar com os danos morais, invertendo-se os ônus da sucumbência. Pede, ainda, no caso de manutenção da condenação, que seja reduzido o *quantum* indenizatório.

A autora da ação, no recurso adesivo, limitou-se a pedir a majoração do *quantum* indenizatório fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), para a quantia de R$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais) ou, alternativamente, a valor superior àquele.

Intimada, a instituição financeira ofertou contrarrazões (f. 207-212), visando à manutenção do *quantum* indenizatório fixado na sentença.

Da responsabilidade civil da instituição financeira.

Consoante relatado, o ponto nodal do recurso do Banco cinge-se em saber se estão presentes os requisitos para o reconhecimento do seu dever de indenizar por responsabilidade civil.

Veja que a ação foi manejada porque a autora da ação se surpreendeu com a negativação de seu nome feita pelo Banco, ora recorrente, por dívida decorrente da devolução de cheque sem fundos, ocorrida em 2008. No entanto, o cheque teria sido extraviado, e seria vinculado a conta corrente já encerrada desde 28.03.2002.

Não se pode olvidar que o caso em tela trata de uma relação de consumo, e que o dano moral afirmado na inicial é decorrente da má prestação de um serviço e da conduta imprudente e precipitada da instituição financeira em proceder, indevidamente, a negativação do nome da autora da ação.

Conseqüentemente, deve ser aplicada a teoria do risco do empreendimento, prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que diz:

> *"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

> *§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes entre as quais:*
>
> *I – o modo de seu fornecimento;*
>
> *II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *III – a época em que foi fornecido".*

Assim, o CDC, atento aos novos rumos da responsabilidade civil, consagrou a responsabilidade civil objetiva do prestador de serviços, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever de indenizar, tendo em vista, especialmente, o fato de vivermos hoje em uma sociedade de produção e de consumo em massa, responsável pela despersonalização ou desindividualização das relações entre produtores, comerciantes e prestadores de serviços, em um pólo, e compradores e usuários do serviço, no outro. [1]

Atendendo o mandamento trazido pelo dispositivo legal supra transcrito, temos que todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens ou prestação de serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente da existência de culpa.

A obrigação de prestar o serviço, adequadamente, é inerente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança. Assim, a instituição financeira tem a obrigação de zelar pelo fornecimento e prestação de serviço a contento, eficiente e que não gere riscos ou prejuízos aos seus clientes.

Por outro vértice, no que tange ao dano moral, conforme adverte o artigo 186 do CC/2002: *"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*.

Merece destaque a lição proferida pelo Jurista Carvalho Santos:

> *"Determinando o Código que quem violar o direito, ou causar prejuízo a outrem, ainda que por imprudência ou negligência, fica obrigado a reparar o dano, deixa esboçados os lineamentos gerais da doutrina a aplicar. E o juiz, em seu prudente arbítrio, verificará em cada caso até onde vai a culpa do agente e quando esta desaparece para os efeitos da responsabilidade civil, confundindo-se com o caso fortuito ou a força maior[2]".*

O direito à reparação do dano depende da concorrência de três requisitos, que estão bem delineados no supracitado artigo, razão pela qual, para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: (a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência; (b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; (c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Assim, na eventualidade de não restarem provados esses pressupostos, indevida será a obrigação reparatória. No entanto, haverá casos em que se dispensa o elemento culpa, por se tratar de responsabilidade objetiva, tal como o caso dos autos.

Dessa forma, verifica-se que o evento danoso, *in casu,* tem origem na indevida inclusão do nome e CPF da autora da demanda no órgão de restrição ao crédito (SERASA), por conta de dívida que não foi por ela contraída junto ao Banco requerido. Por isso, tal fato teria denegrido sua imagem e honra de bom pagador, a ponto de ensejar a reparação de danos morais.

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*: Doutrina, Jurisprudência**.** 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 389.

2 Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. III, p. 321*

O fato se relaciona, portanto, com a imprudência da instituição financeira requerida em proceder à inscrição sem cercar-se das devidas cautelas para garantir que seu ato não seria ilícito.

Manuseando os autos, verifica-se que é fato incontroverso que o nome da autora da ação foi incluído no cadastro da SERASA em 10.11.2008 (f. 15), por conta da devolução cheque referente à conta corrente já encerrada desde o ano de 2002.

Além do que, também restou demonstrado nos autos que a autora da ação teve documentos extraviados, inclusive lâminas de cheque, tanto que registro ocorrência deste episódio (f. 48/50).

Sendo assim, considerando, ainda, que o Banco foi revel, tenho que está demonstrado nos autos que a negativação foi indevida, porque foi feita com relação à lâmina de cheque vinculada à conta corrente encerrada há mais de 08 (oito) anos.

Ora, vale destacar que vige em nosso direito a regra do artigo 333, do Código de Processo Civil, afirmando que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

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

> *"A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar secundum allegatta et probata partium e não secundum propiam suam conscientiam - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).*
>
> *O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."* [3]

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

Diante disso, tem-se que a instituição financeira não se descurou de demonstrar a existência e a regularidade do débito que gerou a negativação do nome da autora, razão pela qual deve-se considerar que o débito realmente inexiste, e que sua atitude de negativar o nome da requerente foi ilícita, gerando, portanto, o dever de reparação dos danos.

Dos danos morais.

Demonstrada *a* responsabilidade do Banco, passo a discorrer sobre os danos morais propriamente ditos.

Embora o requerido tenha dito que a negativação não trouxe repercussão, não se pode esquecer que o dano indenizável aqui exposto é daqueles denominados dano moral puro, ou seja, a ofensa decorre do

3 Teoria Geral do Processo. 7 ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312.

simples lançamento indevido do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes, independentemente de comprovação de prejuízo material, dado que a obrigação de reparar o dano nasce com a ofensa a honra subjetiva.

É cediço que a indevida inclusão de uma pessoa nos cadastros de inadimplentes causa vários constrangimentos e a perda da credibilidade pessoal e negocial, tudo com sérios reflexos em sua honra e respeitabilidade, danos estes que, nos casos de inscrição indevida em cadastro oficial, restam provados com a simples demonstração do próprio fato da inscrição, o que foi feito nos autos (f. 15-16).

Nesse passo, para que esteja caracterizada a responsabilidade civil do ofensor, a parte ofendida não necessita comprovar o efetivo dano moral. Este se opera por força do simples fato da violação.

Como já dito, trata-se do dano moral puro. Ocorrido o fato danoso e estando presentes os pressupostos legais que ensejam a responsabilidade civil, exsurge o dever de indenizar.

Com muita clareza, preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

> *"O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe 'in re ipsa'. Trata-se de presunção absoluta...."*[4].

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul já se posicionou, *in verbis*:

> *"Em relação à prova do dano moral, ela se torna desnecessária, pois a lesão em si já demonstra sua existência. É ilógico exigir a demonstração de algo imaterial; daquilo que habita a alma da pessoa. Exigir que o lesado prove seu dano moral equivale a uma sentença de improcedência, no mais das vezes. Faz prova do dano moral o fato que o originou e não do dano propriamente dito, pois este é presumido".* ***(TJMS. Apelação Cível. Proc. 1000.064522-5. Rel. Des. Hamilton Carli. J. 23/06/2003).***

Do *quantum* indenizatório.

Reconhecido o dano e a responsabilidade do Banco, passo a discorrer sobre o *quantum* indenizatório, ponto coincidente de ambos os recursos, já que a instituição financeira quer a redução da importância indicada na sentença, e a autora quer a majoração.

Com relação à discussão sobre a quantificação dos danos morais, é sabido que o nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral.

Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

A respeito do tema, Arnaldo Rizzardo cita Carlos Roberto Gonçalves e faz o seguinte balizamento:

> *"Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios: 'a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva'"*[5]**.**

São esses os critérios comumente citados pela doutrina e jurisprudência.

4 *Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 552.

5 *Responsabilidade Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.270.

Portanto, a quantificação deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas conseqüências, tudo na tentativa de evitar a impunidade do ofensor bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Considerando tais parâmetros, bem como o valor da anotação feita pelo Banco e o seu potencial financeiro, entendo que a importância fixada pelo douto juiz sentenciante não se mostra justa, razoável e proporcional ao dano sofrido. Por isso, em consonância com as peculiaridades dos autos, tenho que o *quantum* deve ser elevado para R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação manejado pelo Banco Industrial S/A (BIC Banco), e nego-lhe provimento. Por outro lado, conheço do recurso adesivo interposto por Maria José Domingues Araújo**,** e dou-lhe parcial provimento, para o fim de majorar o *quantum* indenizatório para a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

DO RECURSO MANEJADO POR SERASA S/A.

Em suas razões recursais, diz que "*a Serasa não se imiscuiu na relação negocial mantida entre a instituição financeira credora e a Apelada, não podendo ser responsabilizada pela reprodução das informações constantes nos Cadastros de Emitentes de Cheques sem fundos*" (f. 223).

Acerca dos cheques devolvidos sem provisão de fundos, assevera que a responsabilidade pelas informações a ela repassadas é exclusivamente do Banco sacado, bem como a de comunicar a inclusão do nome do consumidor em seu cadastro.

Sublinha que todos os elementos ensejadores de eventual dano devem ser mostrar presentes e irrefutáveis, o que não ocorreu *in casu.*

Rechaça o valor fixado a título de danos morais.

Quanto aos juros e correção monetária, indica como termo inicial a data da decisão que fixou a indenização.

No desfecho, pede o conhecimento e provimento do recurso, para reformar a decisão, evitando o enriquecimento sem causa da requerente, querendo, alternativamente, a redução do valor da indenização.

Da responsabilidade civil da SERASA.

Consta dos autos que a requerente pleiteou a reparação por danos morais, em razão da ausência de prévia comunicação da inclusão de seu nome no cadastro de inadimplentes.

Pois bem, como é cediço, os consumidores têm o direito à informação, que no caso de inscrição de seus nomes nos cadastros de maus pagadores se dá mediante a prévia notificação.

Tal notificação, que deve ser prévia à inscrição, visa que a parte consumidora tome ciência de que seu nome será inscrito no SPC, na SERASA ou em órgão de fins análogos, possibilitando, assim, a busca por providências cabíveis para quitar a dívida ou comprovar o pagamento.

Antônio Hermam de Vasconcellos e Benjamim ensinam que:

> *"O primeiro direito do consumidor, em sede de arquivos de consumo, é tomar conhecimento de que alguém começou a estocar informações a seu respeito, independentemente de provocação ou aprovação sua. Esse dever de comunicação é corolário do direito básico e genérico estatuído no art. 6º, e, mais especificamente, no art. 43, § 2º, abrindo para o consumidor a possibilidade de retificar ou ratificar o registro feito" (in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado, 7ª ed. Ed. Forense universitária, Rio de Janeiro: 2001, p. 405).*

O artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que a "*abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor (...)*".

Aliás tal matéria já foi sumulada pelo STJ, vejamos:

> *"Súmula 359. Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição".*
>
> *Súmula 404. "É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros."*

Com efeito, sem esse pré-aviso, o registro não pode ser realizado. Nesse sentido, colhem-se, ainda, julgados do STJ:

> *"A inscrição do nome do devedor no cadastro do SERASA deve ser precedida da comunicação exigida no art. 43, § 2º do Código de Defesa do Consumidor" (STJ – REsp. 373219 – RJ – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 12.08.2002).*

Também, essa Corte já decidiu:

> *"Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor é imprescindível a comunicação ao consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção ao crédito. Independentemente da condição que o litigante ostenta – tem direito de ser informado a respeito da negativação de seu nome, pois seu escopo não é notificá-lo da mora, mas propiciar-lhe direito de acesso, de re-ratificação das informações e de preveni-lo de futuros danos". (TJMS – Apelação Cível n. 2006.004912-7 – Rel. Des. Hamilton Carli – 3ª Turma Cível – j. 12/06/2006).*
>
> *"Negativar nome de pessoa em órgãos restritivos ao crédito, tenha sido ou não feita por fontes cartorárias, deverá ser precedida de comunicação por escrito, sob pena de contrariar direito legalmente protegido do devedor (art. 43, § 2°, CDC), de modo que a sua não-observância, porque prejudicial ao consumidor, importa no cancelamento do apontamento". (TJMS, Apelação Cível n. 1000.061158-3, Órgão Julgador 2ª Turma Cível, Rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan, J.19/9/ 2003).*

Daí que a prévia comunicação ao consumidor é indispensável, antes de qualquer registro.

Analisando atentamente a documentação acostada aos autos, tenho que não prosperam as alegações da SERASA, já que não comprovou sequer a tentativa de notificar a requerente da inclusão de seu nome no cadastro da empresa.

Sendo assim, não merecendo reparos a sentença que condenou a SERASA ao pagamento da indenização.

Do dano e do *quantum* indenizatório.

Como já decidido acima, quando da análise do apelo do Banco e do adesivo da parte autora da ação, o dano aqui é presumido, sendo certo que o quantum indenizatório deve ser elevado para R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Do juros e correção monetária.

Por fim, quanto ao termo *a quo* para a incidência dos juros de mora e correção monetária, quer A SERASA que passem a incidir da data da sentença.

Com relação à correção monetária, estes foram os exatos termos da sentença (f. 148), que não merece reparos neste ponto. Aqui, patente a ausência de interesse recursal, que justifica o não conhecimento da matéria.

Sobre os juros, deve-se esclarecer que referido encargo incidirá a partir de quando o devedor ficou em mora.

In casu, o valor da indenização foi fixado em quantia certa na sentença. Ou seja, o termo inicial para sua incidência deve ser o da prolação do *decisum,* conforme precedentes do STJ (REsp. 773075/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ 17.10.2005, p. 315; EDcl. no REsp. 615939/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, DJ 10.10.2005, p. 359).

Dessa forma, o recurso da SERASA deve ser parcialmente provido para constar que os juros de mora serão contados a partir da prolação da sentença.

Ante o exposto, conheço, em parte, do recurso manejado pela SERASA S/A e, na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento, apenas para constar da sentença que os juros de mora incidirão da data da prolação da sentença. No mais, mantenho inalterado o *decisum.*

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

Acompanho o insigne Relator para:

(a) negar provimento ao recurso interposto pelo Banco Industrial e Comercial S/A (Bic Banco);

(b) dar provimento ao apelo adesivo manejado pela autora para majorar o valor da indenização por danos morais para R$ 20.000,00;

(c) conhecer em parte da insurgência do SERASA e dar-lhe parcial provimento determinando como termo *a quo* de incidência dos juros de mora a data da prolação da sentença.

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

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO BANCO INDUSTRIAL E COMERCIAL S/A, DERAM PROVIMENTO AO APELO DE MARIA JOSÉ D. ARAÚJO E CONHECERAM EM PARTE DO RECURSO DO SERASA E, NESTA EXTENSÃO, DERAM-LHE PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 04 de junho de 2013.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1600088-35.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – REJEITADA – ICMS – TRANSPORTE INTERESTADUAL DE MERCADORIA DESTINADA AO EXTERIOR – ART. 155, § 2º, XII, "E", DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ISENÇÃO ESTABELECIDA NO ART. 3º, II, DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96 – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Estando o mandado de segurança instruído com os documentos necessários à comprovação do direito líquido e certo perseguido, impõe-se a rejeição da preliminar de ausência de prova pré-constituída.

Concede-se a segurança para desobrigar as impetrantes do recolhimento do ICMS sobre o transporte de mercadorias destinadas à exportação, por força da isenção tributária prevista no art. 3º, II, da Lei Complementar n. 87/96.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, afastar a preliminar e conceder a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 8 de julho de 2013.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Germinas Sementes de Pastagens Ltda - EPP, com qualificação nos autos, impetra mandado de segurança com pedido da medida in limine litis contra ato imputado ao Exmo. Sr. Secretário de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul alegando, em suma, que é empresa atuante no ramo de comércio atacadista de sementes gramíneas, e que firmou contrato de compra e venda com a empresa Inverciones Agroluca S.A., empresa localizada na Venezuela, referente à venda de sementes no valor de US$ 206.904,00 (duzentos e seis mil, novecentos e quatro dólares americanos).

Assevera que a referida venda se daria por exportação, via Porto de Santos (SP), tendo sido providenciada toda a documentação necessária, cujo embarque estaria previsto para o dia 26 de abril de 2013.

Outrossim, a autoridade apontada como coatora tem exigido o recolhimento de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre aludida operação, em desacordo com a legislação aplicável e, ainda, decisões deste Tribunal que cita.

Assim, requer a concessão de medida liminar inaudita altera pars para determinar à autoridade apontada como coatora que se abstenha de submeter a impetrante ao recolhimento do imposto citado, impedindo-se a lavratura de infração ou qualquer outro ato de constrição, no tocante ao transporte das mercadorias disciplinadas ne *Commercial Invoice* n. 10/2012 e 11/2012, inclusive com imposição de multa diária para o caso de descumprimento.

O pedido de liminar foi deferido (f. 89-92), decisão confirmada em sede de agravo regimental (f. 129).

As informações foram prestadas às f. 100-119, onde o Estado de Mato Grosso do Sul requer seu ingresso no feito como litisconsorte passivo e, conjuntamente com a autoridade apontada como coatora, apresenta defesa.

Argui, preliminarmente, a ausência prova pré-constituída, consistente na ausência de juntada do Registro de Exportação (R. E.) e do contrato de compra e venda, bem ainda de tradução daqueles juntados.

No mérito, argumenta que a segurança deve ser denegada, visto que o que é tributado, no caso, é o serviço de transporte rodoviário interestadual, antes da formação do lote no porto marítmo, cobrança que possui base legal no Código Tributário Estadual.

Assevera que nem a Lei Kandir, nem a Constituição Federal trouxeram imunidade ao caso em estudo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pela concessão da segurança (f. 120-128).

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator).

Germinas Sementes de Pastagens Ltda - EPP, com qualificação nos autos, impetra mandado de segurança com pedido da medida *in limine litis* contra ato imputado ao Exmo. Sr. Secretário de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul alegando, em suma, que é empresa atuante no ramo de comércio atacadista de sementes gramíneas, e que firmou contrato de compra e venda com a empresa Inverciones Agroluca S.A., empresa localizada na Venezuela, referente à venda de sementes no valor de US$ 206.904,00 (duzentos e seis mil, novecentos e quatro dólares americanos).

Assevera que a referida venda se daria por exportação, via Porto de Santos (SP), tendo sido providenciada toda a documentação necessária, cujo embarque estaria previsto para o dia 26 de abril de 2013.

Outrossim, a autoridade apontada como coatora tem exigido o recolhimento de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre aludida operação, em desacordo com a legislação aplicável e, ainda, decisões deste Tribunal que cita.

Assim, requer a concessão de medida liminar *inaudita altera pars* para determinar à autoridade apontada como coatora que se abstenha de submeter a impetrante ao recolhimento do imposto citado,

impedindo-se a lavratura de infração ou qualquer outro ato de constrição, no tocante ao transporte das mercadorias disciplinadas ne *Commercial Invoice* n. 10/2012 e 11/2012, inclusive com imposição de multa diária para o caso de descumprimento.

O pedido de liminar foi deferido (f. 89-92), decisão confirmada em sede de agravo regimental (f. 129).

As informações foram prestadas às f. 100-119, onde o Estado de Mato Grosso do Sul requer seu ingresso no feito como litisconsorte passivo e, conjuntamente com a autoridade apontada como coatora, apresenta defesa.

Argui, preliminarmente, a ausência prova pré-constituída, consistente na ausência de juntada do Registro de Exportação (R. E.) e do contrato de compra e venda, bem ainda de tradução daqueles juntados.

No mérito, argumenta que a segurança deve ser denegada, visto que o que é tributado, no caso, é o serviço de transporte rodoviário interestadual, antes da formação do lote no porto marítmo, cobrança que possui base legal no Código Tributário Estadual.

Assevera que nem a Lei Kandir, nem a Constituição Federal trouxeram imunidade ao caso em estudo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pela concessão da segurança (f. 120-128).

Preliminar - ausência de prova pré-constituída.

O Mandado de Segurança é ação especialíssima, de natureza constitucional (art. 5º, LXIX), onde se busca proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso do poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Consabido, direito líquido e certo está ligado à **prova pré-constituída**, e sua presença resulta de fato certo, capaz de ser comprovado de plano por prova pré-constituída.

A respeito, Cassio Scarpinella Bueno leciona "*Direito líquido e certo é apenas uma condição da ação do mandado de segurança, assimilável ao interesse de agir e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo, desconhecido pelas demais ações processuais civis. (...) torna o mandado de segurança a ação adequada para a tutela da afirmação de direito do impetrante."* (Mandado de Segurança, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007, p. 17).

Na inicial, o impetrante trouxe prova suficiente de sua alegação.

Muito embora o ente público entenda que a impetrante devesse instruir a inicial com certos documentos, a saber, o registro de exportação, o contrato de compra e venda e, ainda, que os documentos trazidos em língua estrangeira não foram devidamente traduzidos, tenho que tais documentos não são imprescindíveis para o julgamento da ação.

Como bem pontuou o parecer ministerial, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, o registro de exportação, embora seja documento exigido pelo Decreto Federal n. 6.759/2009, para o despacho de exportação de mercadorias nacionais ou nacionalizadas, ou de reexportação (artigo 585), **não é necessário para a análise do caso**, porque o *mandamus* tem por objeto apenas a incidência do ICMS sobre o transporte da mercadoria até o porto em que será feita a exportação. Isto é, na ação mandamental não se analisará

se estão preenchidos os requisitos para o despacho aduaneiro, ato pelo qual é autorizado o embarque ou a transposição de fronteira da mercadoria (artigo 591).

Assim sendo, para se analisar se a operação **é ou não isenta de ICMS**, não há que se falar, por ora, em apresentação de registro de exportação, documento este que é apresentado apenas para o despacho aduaneiro.

Prescindível, também, a juntada do contrato de compra e venda, porque as faturas comerciais trazidas aos autos (os denominados *commercial invoices* f. 27 e ss.) são suficientes para comprovar a realização do negócio jurídico, haja vista que, conforme se colhe do sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil, ***"a fatura comercial é o documento de natureza contratual que espelha a operação de compra e venda entre o importador brasileiro e o exportador estrangeiro"***[1].

Com relação a ausência de tradução dos documentos trazidos em língua estrangeira, tal matéria foi examinada, e rejeitada, no julgamento do agravo regimental interposto contra a decisão que concedeu a medida liminar, restando superada neste momento.

Assim, **voto** por se rejeitar esta prefacial.

Mérito.

A meu ver, a segurança deve ser concedida.

A Constituição da República de 1988, ao dispor sobre a incidência do ICMS, exportação preceitua o seguinte, ***verbis***:

> *"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
>
> *(...)*
>
> *II – 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;*
>
> *(...).*
>
> *§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*
>
> *(...).*
>
> *X – não incidirá;*
>
> *a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;*
>
> *(...).*
>
> *XII – cabe à lei complementar:*
>
> *(...).*

1 Disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br/manuaisweb/importacao/topicos/entrega_de_documentos/fatura_comercial.htm. Acesso em 04.06.2013.

> *e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, a;".*

Observa-se que o parágrafo segundo, inciso X, letra "a" do artigo acima citado, traz regra de **imunidade tributária** restrita aos produtos destinados ao exterior, sendo que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que a prestação de serviço de transporte interestadual de produtos industrializados destinados à exportação não goza da regra imunizante. Confira:

> *"É pacífico o entendimento de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que a imunidade tributária prevista no artigo 155, § 2º, X, "a" da Constituição Federal, excludente da incidência do ICMS às operações que destinem ao exterior produtos industrializados, não é aplicável às prestações de serviço de transporte interestadual de produtos industrializados destinados à exportação. Agravo regimental desprovido." (RE 340855 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 03/09/2002, DJ 04-10-2002 PP-00115 EMENT VOL-02085-05 PP-00943).*

> *"EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS: PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS DESTINADOS AO EXTERIOR: IMUNIDADE. OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES DE SERVIÇO: DISTINÇÃO. C.F., art. 155, II, § 2º, IV, X, a, XII, e. I. - ICMS: hipóteses de incidência distintas: a) operações relativas à circulação de mercadorias; b) prestações de serviço interestadual e intermunicipal e de comunicações: C.F., art. 155, II. II. - A Constituição Federal, ao conceder imunidade tributária, relativamente ao ICMS, aos produtos industrializados destinados ao exterior, situou-se, apenas, numa das hipóteses de incidência do citado imposto: operações que destinem ao exterior tais produtos, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar: art. 155, § 2º, X, a. III. - Deixou expresso a C.F., art. 155, § 2º, XII, e, que as prestações de serviços poderão ser excluídas, nas exportações para o exterior, mediante lei complementar. IV. - Incidência do ICMS sobre a prestação de serviço de transporte interestadual, no território nacional, incidindo a alíquota estabelecida por resolução do Senado Federal: C.F., art. 155, § 2º, IV. V. - R.E. conhecido e provido." (RE 212637, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 25/05/1999, DJ 17-09-1999 PP-00059 EMENT VOL-01963-03 PP-00519).*

Ocorre que a Constituição da República deixou expresso que o serviço de transporte de mercadorias destinadas ao exterior pode ter a incidência do ICMS excluída por meio de Lei Complementar, é o que se observa da leitura do art. 155, § 2º, XII, "e", da Carta Magna.

Nota-se então que o constituinte autoriza ao legislador infraconstitucional estabelecer isenção dos serviços nas exportações para o exterior.

Em observância ao preceito constitucional, a Lei Complementar n. 87/96 estabeleceu isenção do ICMS incidente nos serviços de transporte interestadual de mercadorias destinadas ao exterior, *in verbis*:

> *"Art. 3º. O imposto não incide sobre:*
>
> *(...).*
>
> *II – operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços.*
>
> *Parágrafo único. Equipara-se às operações de que trata o inciso II a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a:*
>
> *I - empresa comercial exportadora, inclusive tradings ou outro estabelecimento da mesma empresa;*
>
> *II - armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro."*

Assim, a incidência do ICMS sobre as operações e prestações que se destinem ao exterior está limitada pela regra de isenção autorizada pelo art. 155, § 2º, XII, "e", da Constituição da República e estabelecida na Lei Complementar 87/96.

Neste sentido é o entendimento jurisprudencial. Veja-se:

> *"TRIBUTÁRIO – ICMS – TRANSPORTE INTERESTADUAL DE MERCADORIA DESTINADA AO EXTERIOR – ISENÇÃO – ART. 3º, II DA LC 87/96.*
>
> *1. **O art. 3º, II da LC 87/96 dispôs que não incide ICMS sobre operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, de modo que está acobertado pela isenção tributária o transporte interestadual dessas mercadorias.***
>
> *2. Sob o aspecto teleológico, a finalidade da exoneração tributária é tornar o produto brasileiro mais competitivo no mercado internacional.*
>
> *3. Se o transporte pago pelo exportador integra o preço do bem exportado, tributar o transporte no território nacional equivale a tributar a própria operação de exportação, o que contraria o espírito da LC 87/96 e da própria Constituição Federal.*
>
> *4. Interpretação em sentido diverso implicaria em ofensa aos princípios da isonomia e do pacto federativo, na medida em que se privilegiaria empresas que se situam em cidades portuárias e trataria de forma desigual os diversos Estados que integram a Federação.*
>
> *5. Embargos de divergência providos." (EREsp 710260/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2008, DJe 14/04/2008).*
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – EXIGÊNCIA IMPOSTA PELO DECRETO ESTADUAL N. 9.381/99 – ISENÇÃO TRIBUTÁRIA PREVISTA NA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96 – SEGURANÇA CONCEDIDA PARA DESOBRIGAR AS APELANTES DO RECOLHIMENTO DE ICMS SOBRE O TRANSPORTE DE MADEIRAS DESTINADAS À EXPORTAÇÃO – RECURSO PROVIDO.*
>
> *Se a Lei Complementar n. 87/96 não abriu espaço para que os Estados-membros e o Distrito Federal regulassem a isenção instituída, pode-se afirmar que o Decreto Estadual n. 9381/99 extrapolou a sua competência, ao determinar, em seu artigo 5º, a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS nas prestações de serviços de transporte de mercadorias para o porto de embarque, em razão de sua exportação.*
>
> ***A atividade de transporte de mercadorias destinadas à exportação está isenta da cobrança de ICMS, a teor da norma prevista no art. 3º, inciso II, da Lei n. 87/96."** (TJMS - Órgao Julgador: 5ª Turma Cível Classe: Apelação Cível - Lei Especial - N. 2004.011581-5/0000-00 - Água Clara – Relator Des. Vladimir Abreu da Silva - Julgamento: 12/03/2009).*

Portanto, impõe-se a concessão da segurança para o fim de determinar que as autoridades coatoras se abstenham de submeter as impetrantes ao recolhimento de ICMS das atividades de transporte de mercadorias destinadas à exportação, em vista da isenção estabelecida no art. 3º, II, da LC n. 87/96, por força da autorização contida no art. 155, § 2º, XII, "e", da CF.

Ante o exposto, de acordo com o parecer, concedo a segurança, confirmando a medida liminar antes concedida, o que faço para determinar ao Estado que se abstenha de tributar, via ICMS, as operações realizadas pela impetrante de transporte interestadual de mercadorias destinadas à exportação. Sem verba honorária por incabível. Custas *ex lege.*

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 08 de julho de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0003116-45.2008.8.12.0027 - Batayporã
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA – RECLAMATÓRIA TRABALHISTA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO PARA O RECEBIMENTO DO ADICIONAL – PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – RECURSO IMPROVIDO.

Não é devido o pagamento do adicional de insalubridade aos servidores públicos em razão da ausência de lei local dispondo e regulamentando as atividades tidas como insalubres.

No âmbito do direito administrativo, vige o princípio da estrita legalidade, não se admitindo - salvo nas hipóteses em que a própria lei de regência autorizar – o uso de analogia, para a concretização da norma abstrata que apresenta omissão regulamentadora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de agosto de 2013.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Flavia Zanchetta Santiago interpõe recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da Comarca de Batayporã que julgou improcedente a pretensão formulada nos autos de ação reclamatória trabalhista que move em face do Município de Taquarussú.

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que não obstante a ausência de norma que regulamente os percentuais relativos ao adicional de insalubridade, possui o apelante direito ao seu recebimento, porque, segundo o art. 105, II, "b", parágrafo único, do Estatuto dos Servidores do Município de Taquarussú (Lei Municipal n. 079/97), referido benefício não necessita de regulamentação, bastando a lei para a sua concessão.

Outrossim, alega que o adicional de insalubridade deve ser concedido, mesmo na suposta ausência de regulamento específico, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao final, requer provimento ao apelo, para que seja reformada a sentença, bem como o prequestionamento dos artigos 7º, XXIII, da CF, e 105, da Lei Municipal n. 079/97.

Contrarrazões pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Flavia Zanchetta Santiago contra a sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da Comarca de Batayporã, que julgou improcedente a pretensão formulada nos autos da ação reclamatória trabalhista que move em face do Município de Taquarussú.

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que não obstante a ausência de norma que regulamente os percentuais relativos ao adicional de insalubridade, possui o apelante direito ao seu recebimento, porque, segundo o art. 105, II, "b", parágrafo único, do Estatuto dos Servidores do Município de Taquarussú (Lei Municipal n. 079/97), referido benefício não necessita de regulamentação, bastando a lei para a sua concessão.

Outrossim, alega que o adicional de insalubridade deve ser concedido, mesmo na suposta ausência de regulamento específico, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao final, requer provimento ao apelo, para que seja reformada a sentença, bem como o prequestionamento dos artigos 7º, XXIII, da CF, e 105, da Lei Municipal n. 079/97.

Ao que se extrai dos autos, a apelante ingressou em juízo afirmando ser servidora pública municipal efetiva, na função de enfermeira e, no exercício de suas funções, lida com agentes insalubres, razão pela qual faz jus ao recebimento de adicional de insalubridade.

Devidamente processado o feito, houve por bem a douta julgadora em rejeitar a pretensão autoral, sob o fundamento de que, mesmo havendo previsão legal quanto ao adicional de insalubridade, a lei municipal não foi regulamentada no tocante aos percentuais a serem pagos.

Com efeito, a questão *sub judice* não é nova nesta Corte, já tendo havido manifestação por parte desta Colenda 4ª Câmara Cível, em julgado de relatoria do Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, realizado na sessão de 12 de março de 2013, o qual peço vênia para utilizar seus fundamentos como razão de decidir:

> *"O adicional de insalubridade é previsto pela Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXIII, que dispõe o seguinte:*
>
> *'Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
>
> *(...)*
>
> *XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;'*
>
> *Na redação originária do texto constitucional, referido benefício havia sido estendido aos servidores públicos, verbis:*
>
> *'Art. 39. (...)*
>
> *§ 2º - Aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX'.*
>
> *Todavia, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 19/1998, referido adicional foi excluído dos direitos estendidos aos servidores públicos, nos seguintes termos:*

'Art. 39. (...)

§ 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir'.

Assim, para que seja devido o pagamento do adicional de insalubridade, não basta que fique comprovada que a prestação de serviços é insalubre, sendo imprescindível que haja previsão legal ***e*** *regulamentação para sua aplicação aos servidores públicos municipais, no caso em tela.*

Vale lembrar que os entes federados podem legislar sobre direito administrativo de acordo com seus interesses locais. Assim, caso surja o interesse do Município em efetuar o pagamento deste adicional, cabe a ele legislar e regulamentar a matéria.

Essa é a lição trazida por Hely Lopes Meirelles:

'A gratificação por risco de vida ou saúde é uma vantagem pecuniária vinculada diretamente às condições especiais de execução do serviço. (...)

Essa gratificação só pode ser instituída por lei, mas cabe ao Executivo especificar, por decreto, quais os serviços e os servidores que irão auferi-la. Não será o servidor, nem o Judiciário, que dirá se ocorre o risco gratificável, porque o conceito de risco, para fins de vantagem pecuniária, não é técnico, nem jurídico: é meramente administrativo. O risco só existe, para efeito de gratificação, onde a Administração o admitir, e cessará quando ela o considerar inexistente. Por esse motivo, a gratificação por risco de vida ou saúde pode ser suprimida, ampliada ou restringida a todo tempo, sem ofensa a direito dos que a estavam percebendo.'

Os tribunais pátrios bem como esta Corte também vêm seguindo a mesma orientação, in verbis:

'APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PLEITO PELO PAGAMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ATIVIDADE INSALUBRE CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DO ADICIONAL CONDICIONADA À EXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL REGULAMENTADORA DOS VALORES E ÍNDICES PERCENTUAIS. RECONHECIMENTO DO PEDIDO POR PARTE DA MUNICIPALIDADE, A PARTIR DA EDIÇÃO DA NORMA. SENTENÇA REFORMADA, A FIM DE RESTRINGIR O PERÍODO DE INCIDÊNCIA DO ADICIONAL. RECURSO PROVIDO. "Ainda que o servidor público municipal possa estar laborando em ambiente insalubre, o pagamento do adicional (ou gratificação) de insalubridade somente poderá ser deferido se houver Lei devidamente regulamentada que o preveja, já que, segundo a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98 ao art. 39, § 3º, da Constituição Federal de 1988, tal vantagem deixou de ser um dos direitos sociais absolutos do servidor público" (TJSC; AC 2008.080034-9; Relator: Desembargador Jaime Ramos; Órgão Julgador: Jaime Ramos; julgado em 24.07.2008).

'AÇÃO DECLARATÓRIA COM INCIDENTE DE CONSTITUCIONALIDADE CUMULADA COM CONDENATÓRIA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – REGIME ESTATUTÁRIO – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – INEXISTÊNCIA DE LEI LOCAL PREVENDO AS CONDIÇÕES PARA O RECEBIMENTO DA GRATIFICAÇÃO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, AO QUAL ESTÁ ADSTRITA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NÃO INCIDÊNCIA DAS NORMAS PREVISTAS NA CONSOLIDAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS E NO ESTATUTO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O pagamento do adicional de insalubridade somente é devido à vista de Lei local que expressamente preveja as atividades tidas como insalubres e seus percentuais, sendo inaplicáveis às atividades públicas no município das normas regulamentadoras da medicina do trabalho e legislação federal sobre insalubridade, prevalecendo a Lei local' (TJMS; Apelação Cível n. 2009.018284-2; Órgão Julgador: Quarta Turma Cível; Relator: Desembargador Rêmolo Letteriello; julgado em 18.08.2009).

No caso em apreço, ainda que a apelante mencione a ressalva feita no parágrafo único, do art. 105, da Lei Municipal n º 079/97, que remete à regulamentação infra-legal apenas outras hipóteses de adicionais, fazendo com que haja a aparência de que a referida norma é autoaplicável, o fato é que o art. 112, da mesma lei, fala apenas em um percentual máximo, para as situações relativas a insalubridade, periculosidade e penosidade, sem a especificação de percentuais relativos a cada tipo de adicional (f. 66). Eis o seu teor:

'Art. 112. Os funcionários que executam atividades penosas ou que trabalham, com habitualidade, em locais insalubres ou em situação de risco de vida, como, ainda, em contato permanente com substâncias tóxicas ou radioativas, fazem jus a um adicional calculado sobre o vencimento do cargo efetivo, no percentual de até 40% (quarenta por cento), conforme dispuser o regulamento.'

Portanto, do ponto de vista constitucional e legal, não fundamento para a concessão do adicional de insalubridade, ainda que haja comprovação da situação de fato narrada na inicial, porque a norma aludida pela apelante não é autoaplicável, dependendo de regulamentação específica.

E, em se tratando de direito administrativo, vige o princípio da estrita legalidade, não se admitindo - salvo nas hipóteses em que a própria lei de regência autorizar – o uso de analogia, para a concretização da norma abstrata que apresenta omissão regulamentadora.

Nem se diga que a sentença está a violar o princípio da dignidade da pessoa humana, porque, a própria Constituição que o consagra, atualmente não mais prevê o adicional de periculosidade no rol de direitos dos servidores públicos (EC/19/98).

O julgamento contrário aos interesses da apelante, e a consequente manutenção da sentença, não gera a violação dos artigos 7º, XXIII, da CF, e 105, II, "b", parágrafo único, e 112, ambos da Lei Municipal de Taquarussu n. 079/97.

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento".

Esclareço, por oportuno, que não obstante tenha acompanhado o entendimento esposado pelo eminente Des. Josué de Oliveira no julgamento das Apelações Cíveis n. 0002998-69.2008.8.12.0027 e 0000158-52.2009.8.12.0027, de sua relatoria, revendo melhor a matéria, entendo que de fato merece ser mantida a sentença de improcedência, por força do princípio da estrita legalidade, ao qual está vinculado a Administração Pública.

Aliás, este tem sido o posicionamento adotado majoritariamente pelas demais Câmaras Cíveis deste Tribunal, senão vejamos:

"APELAÇÃO CÍVEL - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - INEXISTÊNCIA DE LEI LOCAL PREVENDO AS CONDIÇÕES PARA O RECEBIMENTO DO ADICIONAL - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, AO QUAL ESTÁ ADSTRITA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - NÃO INCIDÊNCIA DAS NORMAS PREVISTAS NA CONSOLIDAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS - PEDIDO FORMULADO EM CONTRARRAZÕES - MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA - NÃO CONHECIMENTO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO

CONHECIDO E DESPROVIDO. O pagamento do adicional de insalubridade somente é devido à vista de Lei local que expressamente preveja as atividades tidas como insalubres e seus percentuais, sendo inaplicáveis às atividades públicas no município das normas regulamentadoras da medicina do trabalho e legislação federal sobre insalubridade, prevalecendo a Lei local. Não se conhece do pedido de majoração da verba honorária, visto que formulado pelo apelado em contrarrazões, sem que houvesse a interposição de recurso voluntário da parte nesse sentido." (Apelação n. 0003005-61.2008.8.12.0027, rel. Des. Júlio Roberto S. Cardoso, 5ª Câmara Cível, j. 14.03.2013).

"APELAÇÃO CÍVEL - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - SERVIDOR PÚBLICO - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - PREVISÃO EM LEI MUNICIPAL - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA NORMA - SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Ainda que o servidor público municipal possa estar laborando em ambiente insalubre, o pagamento do adicional de insalubridade somente poderá ser deferido se houver lei devidamente regulamentada que o preveja, já que, segundo a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98 ao art. 39, § 3º, da Constituição Federal de 1988, tal vantagem deixou de ser um dos direitos sociais absolutos do servidor público." (Apelação n. 0002981-33.2008.8.12.0027, rel. Des. Marco André N. Hanson, 2ª Câmara Cível, j. 19.03.2013).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO RECLAMATÓRIA TRABALHISTA – PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL REGULAMENTADORA – REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS – AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O pagamento do adicional de insalubridade aos servidores públicos somente é devido se houver lei local dispondo e regulamentando as atividades tidas como insalubres." (Apelação n. 0002980-48.2008.8.12.0027, rel. Des. Oswaldo R. de Melo, 3ª Câmara Cível, j. 12.03.2013).

Tecidas todas essas considerações, a meu juízo, a manutenção do *decisum* é medida que se impõe.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 06 de agosto de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0006065-65.2009.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – IMÓVEL DOADO ÀS FILHAS ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO – AUSÊNCIA DE REGISTRO – IRRELEVÂNCIA – SUCUMBÊNCIA DEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Mesmo não tendo sido lavrada a escritura pública de doação no Registro de Imóveis, tal fato não impede as apeladas de buscar a defesa da posse por embargos de terceiro. Por analogia, aplicável a Súmula n. 84 do Superior Tribunal de Justiça.

Apesar das embargantes, ora apelada, não terem levado a registro a promessa de doação dos imóveis penhorados, o apelante resistiu à pretensão das autoras, insistindo na validade da penhora, não só na contestação, mas também no apelo oferecido, sendo devida a condenação em verba honorária. Precedentes do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de agosto de 2013.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Corumbá, que julgou procedente o pedido formulado nos embargos de terceiro ajuizados por Roberta S.Valle Bastos Uemura e outra.

Aduz o recorrente, em síntese, que a decisão proferida fere o disposto no artigo 1.245 do Código Civil, o qual dispõe que a propriedade de um imóvel somente se transfere mediante registro do título translativo no Registro de Imóveis. Assim, em que pese a sentença de homologação da separação judicial (que conferiu a doação) haver ocorrido em 1995, a transmissão da propriedade imobiliária do bem objeto da matrícula n. 15.501 não foi consumada.

Alega, ainda, que quem deu causa à presente ação foram as embargantes, por pura desídia em deixar de providenciar a averbação da doação junto à matrícula do imóvel, de modo que não pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, aplicando-se ao caso o princípio da causalidade. Prequestiona dispositivos invocados.

Ao final, roga pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Cuida-se de recurso de apelação manejado Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença proferida pelo juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Corumbá, que julgou procedente o pedido formulado nos embargos de terceiro ajuizados por Roberta S.Valle Bastos Uemura e outra.

Consta que as embargantes, ora recorridas, ajuizaram a presente ação, onde postulam, em suma, seja afastada a penhora realizada no bojo da execução n. 008.07.007927-4, em razão de doação efetuada do imóvel constrito em data anterior ao ajuizamento do feito executivo, ou por ser o bem impenhorável, nos termos da Lei n. 8.009/90.

Como relatado, a pretensão inicial foi acolhida.

Aduz o recorrente, inicialmente, em síntese, que a decisão proferida fere o disposto no artigo 1.245 do Código Civil, o qual dispõe que a propriedade de um imóvel somente se transfere mediante registro do título translativo no Registro de Imóveis. Assim, em que pese a sentença de homologação da separação judicial (que conferiu a doação) haver ocorrido em 1995, a transmissão da propriedade imobiliária do bem objeto da matrícula n. 15.501 não foi consumada.

Em análise do caso apresentado, denota-se que as autoras são filhas de Roberto Uemura e Neuman Carol Squario Valle Bastos Uemura.

Pela documentação acostada aos autos (fls.30-32), verifica-se que o casal, em 1995, formulou pedido de separação judicial consensual, convencionando que o imóvel penhorado no feito executivo, ora em discussão, seria doado às embargantes. Esclareço que referido acordo foi homologado judicialmente (f. 37).

Extrai-se dos itens 6.3 e 7.3 do documento de f. 31:

> *"6.3 – Um lote letra "G" situado no loteamento denominado "Jardim de Allah", nesta cidade, na Alameda Paiaguás n. 65, onde se edificam as casas em alvenaria, uma com área de 55,08 m² e outra com área de 135,96 m², havido por EPCV de 10.07.1989 e transcrito sob o n. 01.15501, Livro 2, Ficha n. 01, em 03.08.89 no Cartório do Reg. Imobiliário desta cidade (doc. 8)."*
>
> *(...)*
>
> *"7.3 – que o imóvel caracterizado no item 6.3. Do presente pedido será transferido para as filhas Roberta e Caroline, no prazo de 30 (trinta) dias após a homologação, através de uma Escritura Pública de Doação Gratuita, sob pena de sê-la judicialmente a requerimento de qualquer das partes, c/ usufruto em favor do casal;"*

Inegável, portanto, que antes mesmo do ajuizamento da ação executiva, isso em 2007, o imóvel já tinha sido doado às embargantes.

Com efeito, mesmo não tendo sido lavrada a escritura pública de doação no Registro de Imóveis, tal fato não impede as apeladas de buscar a defesa da posse por embargos de terceiro. Nesse sentido, aliás, por analogia, é aplicável a Súmula n. 84 do Superior Tribunal de Justiça:

> *"É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados na alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovida de registro".*

Tal orientação jurisprudencial é perfeitamente aplicável ao caso em apreço, havendo nos autos prova suficiente de que as embargantes exerciam a posse do imóvel antes mesmo da propositura da ação de execução.

No mesmo sentido:

> *"EMBARGOS DE TERCEIRO. Penhora de imóvel registrado em nome da executada Embargantes que adquiriram o bem mediante doação Prova de posse legítima precedente à penhora. Ausência de registro da escritura de doação que não impede a oposição de embargos pelos apelados, na qualidade de possuidores Súmula n. 84 do STJ Bem impenhorável, nos termos da Lei n. 8.009/90. Ratificação dos fundamentos da sentença (art. 252 do RITJSP) Recurso desprovido". (TJSP; APL 0058879-88.2009.8.26.0000; Ac. 6791858; Itapetininga; Décima Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Alexandre Marcondes; Julg. 11/06/2013; DJESP 18/06/2013).*

> *"APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA SOBRE BEM DOADO ANTES DE AJUIZADA A EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL. IRRELEVÂNCIA DO REGISTRO DA DOAÇÃO. CONDENAÇÃO NAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA ANTE A RESISTÊNCIA DA PARTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1 - O bem doado, em ação de divórcio, pelos pais aos filhos, não pode ser alcançado pela penhora na ação de execução fiscal promovida contra terceira pessoa, sendo irrelevante a circunstância da doação não ter sido registrada no cartório competente. Inteligência da Súmula n. 84 do c. STJ. Precedentes do c. STJ. 2 - A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as verbas de sucumbência (art. 20 do CPC) (...)". (TJES; APL 0000796-06.2008.8.08.0036; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. William Couto Gonçalves; Julg. 16/04/2013; DJES 26/04/2013).*

Por outro lado, o apelanste alega, ainda, que quem deu causa à presente ação foram as embargantes, por pura desídia em deixar de providenciar a averbação da doação junto à matrícula do imóvel, de modo que não pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, aplicando-se ao caso o princípio da causalidade.

Sem razão a súplica.

Apesar das embargantes, ora apelada, não terem levado a registro a promessa de doação dos imóveis penhorados, o apelante resistiu à pretensão das autoras, insistindo na validade da penhora, não só na contestação, mas também no apelo oferecido.

Sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. EMBARGOS DE TERCEIROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. 1. Em nome do princípio da causalidade, cabe ao exequente que indevidamente promove a penhora de bem de terceiro a responsabilidade pelo pagamento dos ônus sucumbenciais resultantes do julgamento dos embargos de terceiro. 2. Mostra-se viável a fixação da verba honorária quando configurada pretensão resistida em embargos de terceiro, ou seja, quando a ação for contestada pelo credor embargado. 3. Recurso especial provido (REsp 627.168/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 19.03.2007). 3. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao recurso especial." (REsp 890422/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, data da publicação 06/12/2010).*

No mesmo sentido da jurisprudência pátria:

> *"PROCESSO REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA SENTENÇA, POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA EM RAZÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. (...) SUCUMBÊNCIA Apesar dos embargantes não terem levado a registro a promessa de doação dos imóveis penhorados, a embargada resistiu à pretensão dos embargantes, insistindo na validade da penhora, não só na contestação, mas também no apelo oferecido. Como, na espécie, restou vencida, de rigor, a sua condenação ao pagamento dos encargos de sucumbência à parte vencedora, por aplicação do princípio da sucumbência. Recurso dos embargantes provido, em parte, e recurso do embargado desprovido." (TJSP; APL 0000733-22.2009.8.26.0334; Ac. 6197435; Monte Aprazível; Vigésima Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Rebello Pinheiro; Julg. 17/09/2012; DJESP 05/10/2012).*

No que tange ao prequestionamento, não vejo necessidade de manifestação expressa, visto que a matéria foi apreciada à luz de todos os argumentos do apelante.

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. Dorival Renato Pavan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 06 de agosto de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0051420-22.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

AÇÃO REGRESSIVA – OSCILAÇÃO DE ENERGIA – QUEIMA DE APARELHOS ELÉTRICOS – DANOS COMPROVADOS – CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR – EXCLUDENTES – INEXISTÊNCIA – VERBA HONORÁRIA – MONTANTE MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

A Prova dos prejuízos causados nos equipamentos da segurada formalizada pela seguradora autora e não desconstituída pela concessionária requerida, impõe o dever de indenizar.

É devido o direito à indenização por prejuízos causados em equipamentos elétricos em razão de oscilações no fornecimento de energia, autorizando, ainda, o pagamento da indenização à seguradora que ressarci o consumidor.

A descarga atmosférica (raio) não se enquadra nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, excludentes de responsabilidade objetiva, visto o conhecimento e previsibilidade deste tipo de fenômeno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de julho de 2013.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Enersul - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 13ª vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação de cobrança que lhe promove Bradesco Auto/Re Companhia de Seguros.

Em suas razões, aduz que não restou cabalmente demonstrado o nexo de causalidade entre os alegados danos nos equipamentos da segurada e o fato do serviço público. Alega que não há como se admitir que a inversão do ônus da prova venha desonerar a requerente de provar o nexo causal. Assevera que não há qualquer comprovação de que as oscilações de energia foram a causa da queima dos aparelhos eletrônicos da segurada. Discorre sobre a força maior como excludente do dever de indenizar. Não sendo este o entendimento, requer a redução da verba honorária. Roga, por fim, pelo provimento do recurso.

A recorrida, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Cuida-se de recurso de apelação manejado pela Enersul - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A contra sentença proferida pelo juízo da 13ª vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação de cobrança que lhe promove Bradesco Auto/Re Companhia de Seguros, condenado a requerida a pagar à autora, a título de reembolso da indenização paga à segurada Caracolac Laticínios, a quantia de R$ 9.932,25, com correção a partir do efetivo desembolso e juros de mora de 1% ao mês, contados da citação, bem como em verba honorária no percentual de 15% do valor da condenação.

Em suas razões, aduz a recorrente que não restou cabalmente demonstrado o nexo de causalidade entre os alegados danos nos equipamentos da segurada e o fato do serviço público. Alega que não há como se admitir que a inversão do ônus da prova venha desonerar a requerente de provar o nexo causal. Assevera que não há qualquer comprovação de que as oscilações de energia foram a causa da queima dos aparelhos eletrônicos da segurada. Discorre sobre a força maior como excludente do dever de indenizar. Não sendo este o entendimento, requer a redução da verba honorária. Roga, por fim, pelo provimento do recurso.

A responsabilidade civil das concessionárias exploradoras de energia elétrica é objetiva, calcada no risco administrativo.

Rui Stoco, em nota ao seu Tratado de Responsabilidade Civil, ensina:

> *"(...) a companhia energética de geração ou distribuição, embora possa se constituir em sociedade de natureza privada, será sempre uma concessionária de serviço público, prestando-o por delegação do Estado.*
>
> *Nessa condição, é alcançada pela disposição muito mais garantidora, do art. 37 §6º, da CF (...).*
>
> *Desse modo, essas empresas ficam enquadradas na teoria do risco administrativo, sendo, assim, objetiva a sua responsabilidade pelos danos causados a terceiros.*
>
> *Evidentemente, não se descarta a incidência obrigatória do Código de Defesa do Consumidor, naquilo que favoreça e proteja a vítima (...)" (Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência - 7ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora RT, 2007. p. 980).*

Por seu turno, dissertando acerca da responsabilidade civil nas relações de consumo, Sérgio Cavalieri Filho enfatiza:

> *"O Código do Consumidor deu uma guinada de 180 graus na disciplina jurídica então existente, na medida em que transferiu os riscos do consumo do consumidor para o fornecedor. Estabeleceu responsabilidade objetiva para todos os casos de acidente de consumo, quer decorrentes do fato do produto (art. 12), quer do fato do serviço (art. 14). Pode-se, então, dizer que o código esposou a teoria do risco do empreendimento (ou empresarial), que se contrapõe à teoria do risco do consumo. (...)*
>
> *A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos." (CAVALIERI, Sérgio*

Filho. Programa de Responsabilidade Civil. - 5ª ed. rev. aument. e atual. 2ª tiragem - São Paulo, Malheiros, 2004. p. 475). Grifei

Todavia, considerando que não se trata de responsabilidade objetiva baseada no risco integral, onde é inadmissível qualquer exclusão do dever de indenizar, o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu art. 14, §3º, algumas hipóteses onde a responsabilidade do fornecedor é afastada.

Dispõe o referido artigo:

"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (..)

§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."

Do teor do dispositivo, por simples inferência, percebe-se que a inversão do ônus da prova decorre da própria lei, cabendo ao fornecedor a comprovação da inexistência do nexo causal, seja porque o defeito inexistiu, seja porque a culpa foi exclusiva da vítima ou terceiro.

Sobre tais excludentes, Cavalieri aclara:

"Mesmo na responsabilidade objetiva, é indispensável o nexo causal. (...) Inexistindo relação de causa e efeito ocorre a exoneração da responsabilidade, conforme enfatizado em várias oportunidades. Essa é a razão das regras dos arts. 12, §3º, e 14, §3º, do Código do Consumidor, porquanto, em todas as hipóteses de exclusão de responsabilidade ali mencionadas o fundamento é a inexistência do nexo causal. (...)." [4]

In casu, a recorrente afirma que não restou demonstrado o nexo de causalidade entre os danos causados aos equipamentos elétricos pertencentes ao segurado e a prestação dos seus serviços. Todavia, ainda que seja afastada a inversão do ônus da prova – como pretendido pela apelante – fato é que a parte autora conseguiu cumprir com o ônus da prova que lhe tocava.

Indene de dúvidas que os documentos carreados aos autos com a exordial (corroboram com as alegações da seguradora quanto ao defeito na prestação do serviço de fornecimento e distribuição de energia elétrica.

Constata-se pela documentação juntada às fls.39/45 (relatório de regulação de sinistro), que foi apurado que os danos causados nos aparelhos foram ocasionados pela incidência de descargas atmosféricas (raios).

Como visto, inobstante a recorrente-requerida busque negar a existência de nexo entre os danos e a deficiência de seus serviços, os elementos de prova trazidos com a inicial mostram-se aptos a denotar a verossimilhança das assertivas da seguradora requerente, comprovando o liame causal e os danos sofridos pelas seguradas.

Em relação à alegação de que se trata de caso fortuito ou força maior, não deve ser acolhida tal insurgência.

Ora, diante da previsibilidade da ocorrência de descargas atmosféricas (raios), não há falar em hipóteses de caso fortuito ou força maior.

Neste sentido a jurisprudência pátria:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos materiais provocados por queda de raio, ocasionando oscilação na tensão da rede de energia elétrica. Responsabilidade da concessionária em prestar um serviço eficiente e seguro aos usuários. Alegação de força maior que não exime a requerida de sua responsabilidade frente à inadequação do serviço prestado. Inteligência do artigo 6º da Lei n. 8987/1995. Responsabilidade da seguradora. Seguro residencial que prevê cobertura para a hipótese de queda de raio e danos daí decorrentes exigência de vestígios inequívocos que, no caso concreto, representa restrição nula de pleno direito, com base no art. 51, IV, do CDC. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recursos improvidos". (TJRS; Rec. 31981-08.2010.8.21.9000; Caxias do Sul; Terceira Turma Recursal Cível; Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti; Julg. 28/04/2011; DJERS 06/05/2011)*

> *"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCARGA ATMOSFÉRICA (RAIO). EXCLUDENTE DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA. DANOS MATERIAIS. NÃO COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. MERO DISSABOR. SUCUMBÊNCIA.1. Descarga atmosférica (raio) não tem o condão de justificar, por si só, queda de energia elétrica que cause dano ao consumidor, vez que, tratando-se de fenômeno previsível, cabe à empresa concessionária de energia elétrica dispor de equipamentos adequados para evitar a oscilação da rede de energia elétrica. 2. O dano material deve ser satisfatoriamente demonstrado, não bastando mera alegação de sua existência. 3. O mero dissabor não configura dano moral. 4. Recursos conhecidos, porém, improvidos". (TJES; AC 69010101652; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Annibal de Rezende Lima; DJES 17/07/2008; Pág. 18).*

> *"(...) tanto a doutrina quanto a jurisprudência, sobretudo do STJ, entendem que a descarga atmosféricas (raio) não se enquadra nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, excludentes de responsabilidade objetiva, visto o conhecimento e previsibilidade deste tipo de fenômeno, sendo dever da operadora elétrica a prevenção de danos desta natureza. III- o termo inicial da incidência dos juros moratórios computar-se-ão a partir do evento danoso, eis que configurada a responsabilidade extracontratual, visto a ausência de relação jurídica entre os litigantes (Súmula n. 54, STJ). Apelos conhecidos, desprovido o primeiro e provido o segundo." (TJGO; AC 1006-48.2009.8.09.0051; Goiânia; Rel. Des. Amaral Wilson de Oliveira; DJGO 09/11/2012; Pág. 574)*

Quanto aos honorários advocatícios, não socorre razão à apelante, tendo em vista que o magistrado da primeira instância, agindo de forma irretorquível, fixou essa verba no percentual de 15% do valor da condenação, cujo montante bem atende ao grau de zelo do profissional, ao tempo e lugar da prestação do serviço e à importância da causa.

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. Dorival Renato Pavan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Dorival Renato Pavan e Juiz Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 30 de julho de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0001011-18.2011.8.12.0051 - Itaquiraí
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – FURTO NA DEPENDÊNCIA DO LOCAL SOB VIGILÂNCIA DO ESTADO – DANOS MATERIAIS – CORREÇÃO A PARTIR DO EVENTO DANOSO – RECURSO IMPROVIDO.

A responsabilidade do Poder Público, em reparar danos decorrentes de furto, é admitida quando o local onde a coisa foi depositada ou guardada, é dotado de vigilância especializada para esse fim.

Nos casos de responsabilidade extracontratual (aquiliana), a correção monetária incide a partir da data do evento danoso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 2 de julho de 2013.

Des. Rubens Bergonzi Bossay - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado(a) com a sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização Por Danos Materiais que lhe move Valdir Tonelli, interpõe apelação cível, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado procedente para condenar o requerido ao pagamento da quantia de R$ 5301,00 a título de indenização por dano material acrescido de juros e correção monetária desde 22.02.2011, mediante incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

O apelante alega em síntese que em se tratando de omissão imputada à administração pública, a responsabilidade não se enquadra dentre os abrangidos pela responsabildiade objetiva do Estado, sendo portanto necessária, a comprovação da culpa do agente.

Salienta que a Escola Estadual Leopoldo Dalmolin, onde a motocicleta do autor foi furtada, não dispõe de estacionamento próprio destinado aos veículos dos alunos, tampouco de guardas para realizar a vigilância de bens particulares.

Sustenta ainda a data do arbitramento da verba indenizatória como termo inicial para a correção monetária.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator).

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado(a) com a sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização Por Danos Materiais que lhe move Valdir Tonelli, interpõe apelação cível, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado procedente para condenar o requerido ao pagamento da quantia de R$ 5301,00 a título de indenização por dano material acrescido de juros e correção monetária desde 22.02.2011, mediante incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

O apelante alega, em síntese, que em se tratando de omissão imputada à administração pública, a responsabilidade não se enquadra dentre os abrangidos pela responsabildiade objetiva do Estado, sendo, portanto, necessária a comprovação da culpa do agente.

Salienta que a Escola Estadual Leopoldo Dalmolin, onde a motocicleta do autor foi furtada, não dispõe de estacionamento próprio destinado aos veículos dos alunos, tampouco de guardas para realizar a vigilância de bens particulares.

Sustenta ainda a data do arbitramento da verba indenizatória como termo inicial para a correção monetária.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo improvimento do recurso.

Em que pese o inconformismo do Estado, tenho que a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Como sabido, em se tratando de responsabilidade por omissão do Poder Público revela-se indispensável demonstrar sua inércia, ou seja, que tinha o dever de agir e não o fez.

No caso, restou provado, por meio dos depoimentos colhidos às F. 102/104 TJMS, que embora sem fins lucrativos, havia um local destinado ao estacionamento dos veículos dos alunos e que ali haviam "guardas."

Como bem consignado na sentença *"Bom que se esclareça, outrossim, que a omissão, no caso, independe de cobrança de taxas ou recolhimento de quaisquer valores, já que o ente estatal assume, ainda que tacitamente, a obrigação de guarda e vigilância dos veículos a si confiados, independentemente da gratuidade do serviço oferecido ou do fato de não lhe serem entregues as chaves dos carros. A responsabilidade, nesse caso, não decorre de eventual lucratividade decorrente do serviço oferecido ou da existência de contrato tácito de depósito, mas sim do dever de vigilância inerente ao fornecimento de estacionamento privativo com aparência de segurança."*

A propósito:

"ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE ESCOLA PÚBLICA.

1. "O Poder Público deve assumir a guarda e responsabilidade do veículo quando este ingressa em área de estacionamento pertencente a estabelecimento público, desde que haja serviço especializado com esse fim." (REsp. 438.870/DF, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 01.07.2005). 2. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 858.772/SP, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias -Juiz convocado -, 2ª T., j. em 10.06.2008).

"AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – FURTO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I - A responsabilidade do Poder Público, em reparar danos decorrentes de furto, é admitida quando o local onde a coisa foi depositada ou guardada, é dotado de vigilância especializada para esse fim. (...)." (AgRg n. 2008.021942-1, 3ª T. Rel. Ildeu de Souza Campos, j. Em 13.07.2009).

Esta Corte não destoa:

"E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO DO ESTADO – RESPONSABILIDADE CIVIL – FURTO DE MOTOCICLETA EM ESTACIONAMENTO DA AGÊNCIA FAZENDÁRIA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – QUANTUM MANTIDO – JUROS DE MORA – PERCENTUAL DE 6% – ACOLHIDO – TERMO INICIAL – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA MANTIDO – RECURSO DO AUTOR – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO – POSSIBILIDADE – REGIMENTAL IMPROVIDO.

A responsabilidade da Administração decorre de omissão do dever de vigilância em relação aos veículos que se encontram estacionados nas dependências de seus órgãos, porquanto ainda que não haja cobrança pelo serviço de estacionamento, agiu com culpa in vigilando por não manter qualquer controle em relação a entrada e saída de veículos, impondo-se, inclusive, o valor fixado como forma se compensar o prejuízo.

Devem ser fixados os juros de mora em 6% ao ano e não 12%, por tratar-se de obrigação imposta à Fazenda Pública, ex vi do disposto na Medida Provisória n. 2.280-38/2001, que alterou a redação do artigo 1º da Lei n. 9.494/97, contados a partir do evento danoso.

Incide a correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), quantia essa que não se mostra irrisória ou abusiva, remunerando condignamente o trabalho do causídico." (TJMS; Agravo Regimental em Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.000884-9/0001-00 - Campo Grande; Relator - Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran).

Assim, deve ser mantida a sentença que condenou o Estado ao pagamento dos danos materiais à parte autora.

No tocante ao termo inicial para a incidência da correção monetária, igualmente não merece reparo a sentença que determinou a data do evento danoso como termo inicial.

Nos casos de responsabilidade extracontratual (aquiliana), a correção monetária incide a partir da data do evento danoso.

Senão vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE VEÍCULO. BURACO NA ESTRADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 07/ STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA. PEDIDO IMPLÍCITO. APLICAÇÃO DE JUROS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ."

(...)

12. A jurisprudência do STF, cristalizada na Súmula 562, é no sentido de que: "Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária." 13. Outrossim, a correção monetária incide a partir do prejuízo (Súmula 43/STJ: 'Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.') 14. Agravo Regimental desprovido." (STJ; AgRg no REsp. 905603 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0261559-2 ; Ministro LUIZ FUX (1122); DJe 29/09/2008).

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. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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

Campo Grande, 02 de julho de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0005702-65.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SENAI – ADICIONAL DE CONTRIBUIÇÃO – DECRETO-LEI 4.048/42 – EMPRESA COM MAIS DE 500 EMPREGADOS – EMPRESA JURÍDICA COMO UM TODO – RECURSO IMPROVIDO.

Na interpretação do art. 2º, do DL n. 6.246/44, c/c o art. 6º, do DL n. 4.048/42, o recolhimento da contribuição adicional é obrigatório para as empresas com mais de quinhentos empregados, considerando a pessoa jurídica como um todo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 2 de julho de 2013.

Des. Rubens Bergonzi Bossay - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

BMZ Couros Ltda, inconformado(a) com a sentença prolatada nos autos da Ação de Cobrança que lhe move Senai - Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, interpõe apelação cível, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado procedente para condenar a requerida a pagar à autora a quantia de R$ 155.987,75 em favor da autora, corrigida pelo IGPM e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir de 07/08/2009.

A apelante informa inicialmente que foi notificada a pagar a quantia de R$ 122.383,30 referente à contribuição adicional prevista no artigo 6º do Decreto-Lei n. 4048/42, cujo pagamento é devido pelos estabelecimentos com mais de 500 empregados.

Salienta que essa totalidade dos empregados refere-se à cada estabelecimento isoladamente, e não à totalidade da empresa.

Assevera que à época da primeira notificação do débito, em fevereiro de 2006, contava ao todo com aproximadamente 1606 funcionários em todas as filiais, nunca possuindo isoladamente o número de 500 funcionários em cada unidade, à exceção da Matriz, que temporariamente, excedeu referido número.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença para julgar improcedente o pedido formulado na exordial.

Em apresentação de contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator).

BMZ Couros Ltda, inconformado(a) com a sentença prolatada nos autos da Ação de Cobrança que lhe move Senai - Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, interpõe apelação cível, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado procedente para condenar a requerida a pagar à autora a quantia de R$ 155.987,75 em favor da autora, corrigida pelo IGPM e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir de 07/08/2009.

A apelante informa inicialmente que foi notificada a pagar a quantia de R$ 122.383,30 referente à contribuição adicional prevista no artigo 6º do Decreto-Lei n. 4048/42, cujo pagamento é devido pelos estabelecimentos com mais de 500 empregados.

Salienta que essa totalidade dos empregados refere-se à cada estabelecimento isoladamente, e não à totalidade da empresa.

Assevera que à época da primeira notificação do débito, em fevereiro de 2006, contava ao todo com aproximadamente 1606 funcionários em todas as filiais, nunca possuindo isoladamente o número de 500 funcionários em cada unidade, à exceção da Matriz, que temporariamente, excedeu referido número.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença para julgar improcedente o pedido formulado na exordial.

Em que pese o inconformismo do apelante, deve ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos:

> *"A pretensão é procedente.*
>
> *A legitimidade decorre da previsão do artigo 6º do Decreto-Lei n. 4.048/42, segundo o qual "A contribuirão dos estabelecimentos que tiverem mais de quinhentos operários será acrescida de vinte por cento".*
>
> *A razão de ser da aludida contribuição está definida no parágrafo único do dispositivo legal em destaque, segundo o qual "O Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários aplicará o produto da contribuição adicional referida neste artigo, em beneficio do ensino nesses mesmos estabelecimentos, quer criando bolsas de estudo a serem concedidas a operários, diplomados ou habilitados, e de excepcional valor, para aperfeiçoamento ou especialização profissional, quer promovendo a montagem de laboratórios que possam melhorar as suas condições técnicas e pedagógicas."*
>
> *Inexistem dúvidas de que os valores são revertidos ao próprio contribuinte, na medida em que a entidade demandante aplica os recursos na formação profissional e especialização dos empregados, de modo a auxiliar no crescimento produtivo e qualificativo da indústria e, por conseguinte, da economia nacional.*
>
> *De outro lado, o dever da requerida de arcar com o aludido pagamento decorre do fato de se enquadrar no conceito de estabelecimento industrial estampado no artigo 4º do Decreto-Lei n. 4.048/42 e por ter mais de quinhentos empregados durante o período descrito na inicial.*

Em relação ao argumento de que as unidade isoladas da requerida não superaram o número de funcionários necessários para incidir a contribuição em comento, tal discussão está pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o adicional postulado pela requerente, ao referir-se a empresa ou estabelecimento com mais de quinhentos empregados, abrange a soma dos empregados de todas as suas unidades, e não de cada uma isoladamente.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. SENAI. CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL. DL 4.048/42. PRECEDENTES 1.A jurisprudência desta Casa pacificou-se em reconhecer que o adicional previsto no art. 6º do Decreto-Lei n. 4.048/42, ao referir-se a empresa ou estabelecimento com mais de quinhentos empregados, abrange a soma dos empregados de todas as suas unidades, e não de cada uma isoladamente. Precedentes (...)" (REsp 453686 / RS, rel. Min. Castro Meira, julgado em 07/03/2006)

"RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 4º E 6º DO DECRETO-LEI N. 4.048/42, DO DECRETO N. 60.466/67 E DO DECRETO-LEI N. 6.246/44. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284/STF (...) Ainda que assim não fosse, predomina nesta Corte Superior de Justiça o entendimento segundo o qual 'a interpretação que prevaleceu nos Tribunais, bem assim no STJ, é a de que o art. 6º do DL n. 4.048/1942 deve ser entendido como sendo a exigência dos quinhentos empregados em toda a empresa, matriz e filial' (REsp 43.624/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 02.05.2000) (...)" (STJ. Resp 435.021 / SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 04.04.2005)

Em momento algum a requerida questionou ou comprovou o pagamento dos valores descritos na inicial, mas ateve-se ao argumento de que não deveria ser sujeito passivo das contribuições porque não possui 500 (quinhentos funcionarios), tese essa derruída pela prova pericial realizada nos autos, a concluir que "A entidade possuía mais de 500 funcionários no total e durante o período consignado na notificação de débito" (fl. 1.222).

A despeito das impugnações perpetradas pela requerida, o expert ressaltou que "(...) os documentos juntados pela Requerida, aumentaria ainda mais a quantidade de funcionários contratados pela Empresa, que soma uma quantidade muito superior a 500 contratados (...)", consoante se infere dos esclarecimentos prestados à fl. 1.643.

Destarte, preenchidos os requisitos legais, é de rigor a procedência da pretensão, com a condenação da demanda ao pagamento dos valores descritos na inicial, devidamente corrigidos.

Posto isso, com norte no artigo 269, I, do Código de Processo Civl, ***julgo procedente*** *a pretensão, com resolução do mérito, para condenar a demandada BMZ Couros Ltda ao pagamento de R$ 155.987,75 (cento e cinquenta e cinco mil, novecentos e oitenta e sete reais e setenta e cinco centavos) em favor da demandante Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Nacional – SENAI/DN, valores esses devidamente corrigidos pelo IGPM e acrescidos de juros de mora no percentual de 1%, ambos a fluir de 07/08/2009 (fl. 54)."* **(F. 1712/1716 TJMS).**

Do acima disposto vê-se que a sentença está conformidade com o entendimento do STJ que há muito, já se posicionou no sentido de que o limite de 500 empregados, para que não seja cobrado a contribuição adicional, refere-se à empresa em sua totalidade e não, aos estabelecimentos, de forma isolado.

Neste sentido:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADICIONAL DE CONTRIBUIÇÃO. DECRETO-LEI 4.048/42. SESI. EMPRESA COM MAIS DE 500 EMPREGADOS, CONSIDERANDO-SE TODAS AS FILIAIS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "O recolhimento da contribuição adicional é obrigatório para as empresas com mais de quinhentos empregados, considerando a pessoa jurídica como um todo, na interpretação do art. 2º, do DL n. 6.246/44, c/c o art. 6º, do DL n. 4.048/42" (AgRg no Ag 480.010/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ 5/4/04).

2. Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg no REsp 1351370 / DF; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0228018-0; Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128); DJe 25/02/2013)

ADMINISTRATIVO. SENAI. CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL. DL 4.048/42. PRECEDENTES

1. A jurisprudência desta Casa pacificou-se em reconhecer que o adicional previsto no art. 6º do Decreto-Lei n. 4.048/42, ao referir-se a empresa ou estabelecimento com mais de quinhentos empregados, abrange a soma dos empregados de todas as suas unidades, e não de cada uma isoladamente. Precedentes.

2. Recurso especial provido." (REsp. 453.686/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 20/3/06).

De igual forma, a seguinte decisão monocrática: REsp. 1.182.071/MG, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe 22/4/10.

Assim, não merece reforma a sentença.

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. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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

Campo Grande, 02 de julho de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0032095-61.2009.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – PASSAGEM DE ÔNIBUS – RESERVADA À PESSOA IDOSA – ASSENTO OCUPADO POR TERCEIRO – IMPOSSIBILIDADE DE EMBARQUE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – AUSÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – DANO MORAL – *QUANTUM* – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – EVENTO DANOSO – RECURSO DA AUTORA PROVIDO RECURSO DA RÉ IMPROVIDO.

A empresa responde objetivamente pelos prejuízos materiais e morais causados ao consumidor em decorrência da impossibilidade do embarque por overbooking.

O valor da indenização do 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.

Segundo o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, inclusive sumulado no Enunciado n.. 54, pelo qual *"os juros de mora, em caso de responsabilidade extracontratual, fluem a partir do evento danoso"*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, de Eucatur Empresa União Cascavel de Transporte Turismo e dar provimento ao apelo de Lázara Moreira Bittencourt, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 25 de junho de 2013.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Eucatur - Empresa União Cascavel de Transporte Turismo e Lázara Moreira Bittencourt, inconformados com a sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que a segunda move em face da primeira, interpõem, reciprocamente, apelações cíveis, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado procedente para condenar a requerida a pagar à autora o valor de R$ 5.000,00 a título de danos morais, acrescidos de correção monetária pelo IPGM, a partir da prolação da sentença, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, também a partir da prolação da sentença.

Recurso de Eucatur.

A empresa ré alega, em síntese, ausência do dever de indenizar, tendo em vista que a recorrida perdeu o embarque do ônibus por motivos de atraso e tentou embarcar em outro ônibus que não era o seu, o que demonstra sua culpa exclusiva pela ocorrência dos fatos.

Segue alegando a inexistência de danos morais passíveis de serem indenizados. Alternativamente requer a redução do quantum arbitrado.

Pugna pelo provimento do recurso.

Em apresentação de contrarrazões, a apelada pugna pelo provimento do recurso.

Recurso de Lazara Moreira Bittencourt.

A autora alega em síntese a necessidade de elevação do valor arbitrado a título de danos morais, bem como ser determinada a data do evento danoso como termo inicial para a fixação de juros de mora.

Em apresentação de contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator).

Eucatur - Empresa União Cascavel de Transporte Turismo e Lázara Moreira Bittencourt, inconformados com a sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que a segunda move em face da primeira, interpõem, reciprocamente, apelações cíveis, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado procedente para condenar a requerida a pagar à autora o valor de R$ 5.000,00 a título de danos morais, acrescidos de correção monetária pelo IPGM, a partir da prolação da sentença, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, também a partir da prolação da sentença.

Recurso de Eucatur.

A empresa ré alega, em síntese, ausência do dever de indenizar, tendo em vista que a recorrida perdeu o embarque do ônibus por motivos de atraso e tentou embarcar em outro ônibus que não era o seu, o que demonstra sua culpa exclusiva pela ocorrência dos fatos.

Segue alegando a inexistência de danos morais passíveis de serem indenizados. Alternativamente requer a redução do quantum arbitrado.

Pugna pelo provimento do recurso.

Em apresentação de contrarrazões, a apelada pugna pelo provimento do recurso.

Recurso de Lazara Moreira Bittencourt.

A autora alega em síntese a necessidade de elevação do valor arbitrado a título de danos morais, bem como ser determinada a data do evento danoso como termo inicial para a fixação de juros de mora.

Em apresentação de contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

Passo à análise conjunta de ambos os recursos.

Conforme narrada na sentença, a autora:

" (...) é idosa e de saúde frágil, que com o intuíto de realizar viagem de Campo Grande/MS para Camboriú/SC, paras realizar consulta médica e visitar familiares contratou os serviços da ré adquirindo passagem através dos benefícios da Lei n. 10.741/2003. Marcando a passagem para o dia 19.02.2009, às 19:10 horas; que restou disponibilizada a poltrona de número 40; que no dia da viagem, não obstante o atraso no embarque dos passageiros, a autora com o auxilio de sua filha Tania, já com a bagagem em mãos, tentou adentrar no ônibus, quando foi abordada pelo funcionário da empresa ré, responsável pelo embarque dos passageiros o qual informou à autora que sua poltrona estava ocupada por outro passagerio, que sem entender, o questionou pois que havia a reserva da poltrona, chegando a aventar a alocação em outra poltrona ante a necessidade de empreender viagem; que sentiu-se duplamente constrangida posto que pela evidencia do contexto, esperando em pé, iniciar a viagem com seu lugar ocupado, mas mais constrangida pela atitude do funcionário da ré que lhe respondeu de forma empresa"; que sentiu-se indignada e constrangida, sugerindo as palavras da ré que estava ali não para fruir de um direito, mas em razão da benevolência da ré, obra de caridade desta; que a ré, desrespeitando a lei naquele dia ocupou as poltronas 39 e 40 por pessoas não idosas, vez que segundo o preposto da ré apenas estas poltronas poderiam ser ocupadas por idosos, não dando mesmo a oportunidade de viagem por conta do overbooking mas, aviltando sobremaneira a dignidade da autora por ser idosa e procurar usufruir um benefício legal; que tentando solucionar o problema solicitou ao preposto da ré que fosse proposto a ocupante de sua poltrona para que esta fosse alocada em outra poltrona tendo esta respondido que não; que a única medida tomada pela ré foi impedir a requerente de embarcar; que o preposto da ré, percebendo que houve uma falha desta, tentou fazer a autora acreditar que aquele não era seu ônibus e que na verdade a autora já havia perdido o embarque; que indagou ao motorista tendo este respondido que era sim o ônibus da autora confessando que tais problemas eram freqüentes que tal tentativa de ludibriar a autora assolou ainda mais o clima de humilhação e constrangimento de uma idosa que lutava para exercer seu direito; que havia outras poltronas desocupadas no veículo, sendo que o preposto da ré afirmou que estas não faziam parte do "benefício dado pela empresa"; que com o auxílio de sua filha buscou auxílio dos policiais militares que tentaram intervir buscando solução para o problema não havendo acordo com a ré; que envergonhada e profundamente indignada a autora dirigiu-se a cabine de atendimento da ré e remarcou a passagem para o dia seguinte; que os policiais orientaram a procurar a DEPAC para que fosse registrado um boletim de ocorrência; que todos os fatos acabaram por impedir o embarque da autora que necessitou adiar seus compromissos marcados inclusive consulta médica já agendada; que a vergonha, o constrangimento e a inequívoca situação de desrespeito e discriminação pela qual passou a autora, consumidora do serviço da ré, não obstante ser beneficiária da lei do idoso, provocou dano moral que necessita ser reparado à luz do caráter punitivo que deve revelar o provimento jurisdicional a fim de desencorajar empresas que exploram tais serviços e insistem na contumácia de, não raras vezes, desrespeitar o consumidor comum, idoso, entregue a toda sorte de abusos, inclusive com notável mau atendimento gerado ou pela cupidez despropositada ou pela desorganização administrativa; que a atitude da ré fere vários dispositivos legais, tendo se descuidado das regras contratuais que firmou com a autora que tinha direito garantido por lei a um serviço, e cumpriu com sua parte na obrigação jurídica mas no dia designado não experimentou a contrapartida da ré, sofrendo dissabores, humilhações, constrangimentos e discriminação, além da venda de passagens a mais de um consumidor por poltrona, overbooking, forçando a autora seguir viagem apenas no dia seguinte; que houve desrespeito aos direitos dos idosos; que resta comprovado o dano Defesa do Consumidor; que a culpa da ré é flagrante, vez que se descuidou de sua obrigação contratual e legal de contra prestar o serviço pela qual a autora detinha direito garantido em lei; que é reconhecido o fato de que o consumidor, nesses momentos, não tem escolhas, sofre o abuso das empresas, principalmente nessas situações em que o idoso tenta fruir do benefício da gratuidade; que o constrangimento se torna consequente, aliado à frustração e sensação de impotência; que a empresa em nenhum momento, demonstrou

esforço em reparar o problema que causou, em total descaso; que a empresa ré responde objetivamente pelos atos de seus agentes; que a Constituição Federal também prevê a responsabilidade civil do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público adotou a Teoria do Risco Administrativo, segundo a qual o dever jurídico destas pessoas, de indenizar terceiros pelos danos causados pelos seus agentes, quando do desenvolvimento de suas atividades, decorre independentemente dos mesmos terem agido com dolo ou culpa, bastando apenas as vítimas, demonstrar o nexo de causalidade entre o ato ou fato e o dano sofrido por estas; que na valoração do dano moral deve-se ter em mente que o enriquecimento não é ilicito, sendo ilícito sim o ato praticado pelo ofensor; que este enriquecimento pode ou não vir a acontecer, dependendo da condição patrimonial da pessoa ofendida, ou seja, não existe vedação do enriquecimento na lei, mesmo porque se acontecer o enriquecimento não será ilícito, e sim lícito por força da sentença com amparo no contraditório e na ampla defesa; que o importante é a valoração da pessoa humana, passando pelo preço a condição da dignidade da pessoa; que o importante para nosso sistema jurídico quanto à importância destinada a amainar os efeitos do dano moral provocado é a necessidade de se reprimir o causador do dano, censurá-lo a tal ponto de impor a nova ocorrência do fato a afetar outro membro da sociedade; que busca a autora do direito comparado americano o critério da base punitiva da indenização como instrumento de punição, independentemente da condição patrimonial das partes envolvidas, porque o rico e pobre não tem uma moral diferente aferível, ou seja, a dignidade, honra, intimidade do rico não vale mais do que a do pobre, razão pela qual o provimento jurisidicional deve encontrar o equilíbrio entre tais pessoas a fim de que não evidencie em juízo uma desigualdade de classes; que a jurisprudência tem apontado para a maior valorização da imagem, do dano moral puro, valorizando a dignidade da pessoa humana; que sugere a quantificação da indenização no importe de 50 salários mínimos." (F. 148/149 TJMS).

Pois bem.

Muito embora a ré insista na alegação de que os fatos ocorridos deram-se exclusivamente por culpa da autora que se atrasou para seu embarque, vê-se que não se desincumbiu do ônus da prova, conforme já havia sido determinado na decisão de F. 95 TJMS, na qual restou consignado que cabia à ré, por força da relação de consumo, a comprovação de tal fato.

Como bem sentenciado, *"tendo a autora sido impedida de embarcar no ônibus que lhe cabia a passagem, vez que não comprovada pela ré o atraso daquela, resta caracterizado ato ilícito da ré, posto que vendeu passagem em duplicidade, já que a cadeira que seria ocupada pela autora, encontrava-se ocupada."* (F. 153 TJMS).

Como é cediço, a responsabilidade das empresas de transporte, no caso de defeitos na prestação do serviço, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, independe da existência da culpa, ou seja, enquadra-se na denominada responsabilidade objetiva, que somente pode ser elidida por culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou caso fortuito ou força maior. Senão vejamos:

"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."

No caso vertente, como já dito anteriormente, a ré não se desimcumbiu do ônus de comprovar nenhuma das causas excludentes da sua responsabilidade.

No caso dos autos, a má prestação de serviços da ré salta aos olhos, e uma vez comprovada a falha na prestação do serviço, responde o consumidor pelos danos dela decorrentes.

Também não merece prosperar a alegação de ausência de dano moral supostamente sofrido pela autora.

Como é cediço, para que haja o dever de indenizar o dano moral supostamente sofrido, é necessária a coexistência de três elementos fundamentais, quais sejam, o dano, o ato praticado pelo agente e o nexo causal entre eles, e diante da inexistência de qualquer um deles resta prejudicada a condenação pretendida.

Em assim sendo, a obrigação reparatória torna-se devida a partir do momento em que há nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano moral configurado.

Sobre os danos morais, Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra "Responsabilidade Civil", p. 549, 7ª ed, sabiamente cita o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, afirmando que: *"(...) só se deve reputar como dano moral, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar."*

No presente caso, incontestável é o dano moral sofrido pela autora da presente demanda.

É presumível o constrangimento causado à apelada, que teve limitado seu direito de propriedade plena, bem como ter um gravame sobre veículo já quitado, sem contar ainda, a angústia, a aflição e todos os demais sentimentos negativos provocados na vítima em decorrência da conduta negligente do banco.

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 disso, 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.

O valor da indenização referente a dano moral, deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, conforme entendimento jurisprudencial:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. SUSPENSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. COBRANCA INDEVIDA DE TAXA DE RELIGAÇÃO DE URGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE INFRINGENCIA AO ART. 972 DO CPC. DOR. VALORAÇÃO. FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DAS PARCELAS COBRADAS IRREGULARMENTE. IMPROVIMENTO.*
>
> *Os critérios na fixação da indenização por dano moral devem ficar ao prudente arbítrio do julgador que, com seu subjetivismo e ponderação, encontrara sempre a melhor solução para cada caso. A reparação do dano moral deve ter um caráter punitivo e também um caráter compensatório. Assim, o seu arbitramento deve recair no "*arbitrium boni viril*" do julgador. Na qualificação da reparação do dano moral ha observar, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do Pais, a atividade, as condições social e ecônomica do ofendido, seu conceito publico e privado, alem da capacidade de o ofensor suportar*

o encargo. Assim ha considerar seu poder de inibição ou seja, seu caráter preventivo e punitivo, a desencorajar reincidências do ofensor no violar bem e direito de outrem." **(Apelação Cível - Classe B - XV, 710954. Corumbá. Rel. Des. José Augusto de Souza. Segunda Turma Cível Isolada. Unânime. J. 14/03/2000, DJ-MS, 10/05/2000, págs. 10-11).**

"Logo, tenho que o valor arbitrado pelo juiz, em R$ 5.000,00, deve ser majorado para R$ 10.000,00, para que esteja em conformidade com o acima descrito."

Quanto ao termo inicial para a fixação do juros moratórios, entendo que a sentença merece reforma, porquanto de acordo com a Súmula 54 do STJ, em se tratando de responsabilidade extracontratual, o termo inicial para a fixação dos juros de mora a partir da data do evento danoso.

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. RECURSO SUBSCRITO POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. SÚMULA 115/STJ.

1. Nas ações envolvendo responsabilidade civil extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula n. 54/STJ).

2. A correção monetária do valor da indenização por danos morais incide, nos termos da Súmula n. 632/STF, desde a data do arbitramento, tendo em vista que, no momento de sua fixação, leva o julgador em conta a expressão atual de valor da moeda.

3. Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos (Súmula 115/STJ).

4. Embargos de declaração de S/A CORREIO BRAZILIENSE parcialmente acolhidos para fixar o termo inicial dos juros de mora e da correção monetária.

5. Embargos de declaração de PEDRO AURELIO ROSA DE FARIAS não conhecidos." (Súmula n. 115/STJ). (STJ. EDCL no RESP 998935/DF. Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). Terceira Turma. J: 19.8.2010). (destaquei).

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. OMISSÕES CONFIGURADAS. SÚMULAS 54 E 362/STJ. PRECEDENTES DO STJ. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS, APENAS COM EFEITOS INTEGRATIVOS.

1. Está pacificado nesta Corte Superior o entendimento de que para as hipóteses de condenação em ações de responsabilidade extracontratual os juros de mora incidem desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula 54/STJ.

2. A correção monetária para os valores fixados a título de danos morais deve incidir desde a data da prolação da decisão que estipulou essas indenizações, conforme orientação da Súmula 362/STJ:"

"A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

"3. Embargos declaratórios acolhidos, apenas com efeitos integrativos." **(STJ. EDCL no RESP 976059/SP. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. J: 22.6.2010)** *(destaquei).*

Ora, tratando-se o caso dos autos de indenização por danos morais, é pacífico que a incidência dos juros de mora seja a partir do evento danoso, qual seja, a data do evento danoso.

Conclusão:

Pelo exposto, conheço do recurso do recurso da empresa ré mas nego-lhe provimento e conheço do recurso da autora e dou-lhe provimento para, reformando a sentença, majorar o quantum arbitrado a título de danos morais para R$ 10.000,00, e determinar a data do evento danoso como termo inicial para incidência dos juros de mora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, DE EUCATUR EMPRESA UNIÃO CASCAVEL DE TRANSPORTE TURISMO E DERAM PROVIMENTO AO APELO DE LÁZARA MOREIRA BITTENCOURT, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 25 de junho de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Embargos de Declaração n. 0009635-77.2009.8.12.0002/50000 - Dourados
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. NEGATIVA DE COBERTURA. CLÁUSULA ABUSIVA. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS CONFORME OS GASTOS APRESENTADOS PELO USUÁRIO DO PLANO DE SAÚDE. PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

Embora não seja ilícita, em tese, a limitação de reembolso regulada por tabela de honorários e serviços, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no caso concreto, o reembolso das despesas havidas com o tratamento do ora embargado deve ser total.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de junho de 2013.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Unimed de Dourados -MS, inconformada com o acórdão (f. 309-312) que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação cível manejado nos autos da ação de cobrança que lhe move Luiz Fernando Baggio Neia, opõe embargos de declaração.

A embargante sustenta, em síntese, que:

Seja corrigida a omissão e contradição apontada no acórdão no sentido de aclarar sobre o pedido expresso na apelação sobre a forma a ser reembolsados, se na forma da Lei 9.656/98, ou pela tabela particular apresentada pelo embargado (f. 320).

Requer a manifestação desta Turma sobre os dispositivos infraconstitucionais e constitucionais supra prequestionados, a fim de garantir a interposição dos recursos extraordinários (f. 321).

Ao final, requer seja conhecido e provido o recurso de embargos de declaração.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator).

Unimed de Dourados -MS, inconformada com o acórdão (f. 309-312) que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação cível manejado nos autos da ação de cobrança que lhe move Luiz Fernando Baggio Neia, opõe embargos de declaração.

Os embargos devem ser parcialmente acolhidos.

O acórdão embargado, como afirmado, negou provimento a recurso de apelação, o qual continha pedidos de: (i) não ressarcimento do valor de R$ 90.358,00 pleiteado pelo apelado; e (ii) caso tivesse que ser feito, o reembolso ocorresse com base na tabela da Unimed.

A decisão ora embargada, naquilo que interessa à solução da controvérsia, dispôs que:

> *"Pois bem. Verifica-se dos autos que Luiz Fernando Baggio Neia celebrou contrato de prestação de serviços médicos com a cooperativa-apelante com validade até 30.4.2009. Em dezembro de 2008, durante uma viagem, teve diagnóstico de câncer no fígado, sendo determinado pelos médicos uma cirurgia de caráter emergencial no hospital Sírio Libanês, cujo ressarcimento pelo tratamento foi-lhe negado pela ora apelante.*
>
> *O autor ora apelado ajuizou a presente demanda buscando a condenação da apelante no ressarcimento das despesas referentes ao custeio integral do tratamento.*
>
> *O juízo de origem julgou procedentes os pedidos formulados nos autos, condenando a apelante "a restituir ao autor o valor de R$ 90.358,00, que tratam os documentos de p. 41-65, com correção monetária pelo INPC a contar do desembolso e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação (2/12/2010 p. 124)" (f. 247).*
>
> *A recorrente insurge-se contra a referida decisão, argumentando, em síntese, que (I) o plano contratado pelo apelado não abrange tratamentos hospitalares em outras localidades; (II) em caso de dever de reembolso, este deve ser feito nos valores previstos na tabela da Unimed.*
>
> *O recurso não merece provimento.*
>
> *A discussão cinge-se à análise da existência da obrigação ou não, por parte da Unimed, de custear a cirurgia de retiradas de nódulos no fígado e tratamento de quimioterapia, aos quais foi submetido o apelado, procedimentos estes realizados pelo Dr. Manoel Autran Cesar Machado no Hospital Sírio-Libanês, na cidade de São Paulo, bem como o dever dessa cooperativa de arcar com os gastos para aquisição e aplicação de todo material necessário ao sucesso da cirurgia de ressecção de tumores hepáticos.*
>
> *Pois bem, os documentos de f. 40 demonstram que, de fato, o apelado apresenta o diagnóstico de neoplasia maligna hepática que se trata de um câncer no fígado em estado avançado, sendo o tratamento indicado a cirurgia de emergência denominada de "hepatectomia parcial".*
>
> *Da breve análise do contrato, verifica-se que há previsão expressa do tratamento de quimioterapia oncológica, inexistindo previsão de não cobertura (f. 35).*
>
> *Ora, evidente que, diante de tais fatos, a tese da cooperativa recorrente de não cobrir o tratamento oncológico do apelado demonstra desrespeito às normas contratadas, pois, como explicitado anteriormente, há previsão expressa de cobertura dos serviços relacionados à oncologia.*

Assim, existindo previsão expressa de tratamento da doença do autor, como é o caso da neoplasia maligna, cabe à apelante a realização de todas as providências necessárias para o correto tratamento da enfermidade, inclusive com realização de tratamento das mais diversas espécies.

A propósito, veja-se o entendimento defendido pelo magistrado de origem:

Como se vê, o caso do autor era de tamanha urgência que foi submetido à cirurgia denominada "hepatectomia parcial" no mesmo dia em que se consultou junto ao médico de São Paulo (26.1.2009), quando do diagnóstico de neoplasia maligana hepática e intensa hemorragia.

Ora, os consumidores contratam planos de saúde visam à efetiva cobertura de todos os riscos que venham a acometer a sua saúde e a de seus dependentes. Portanto, esperam uma adequada prestação dos serviços de assistência médica, com a qualidade necessária. Logo, não é crível que um plano de saúde previamente contratado negue a cobertura a um tratamento de câncer, nas condições em que o autor se encontrava, sob a alegação de que ele estava fora da área de abrangência geográfica específica. A saúde não tem um limite definido e fere a boa-fé objetiva e a função social do contrato desprestigiar esse fator.

E, ainda que assim não fosse, existindo cláusula específica que exclui a cobertura do tratamento, esta deveria ser disponibilizada ante a devida prescrição médica, sendo que a eventual cláusula seria considerada insubsistente, isto porque, sendo a relação entre as partes regida pelo Código de Defesa do Consumidor, consideram-se nulas as cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade, conforme artigo 51, inciso IV, o referido diploma legal.

Por outro lado, sendo a vida um direito fundamental, colocada em primeiro plano no artigo 5º, "caput", da Constituição Federal, qualquer norma convencional que dê preferência às intenções do mercado e deixe de lado a saúde do cidadão considera-se inconstitucional, devendo ser afastada da relação mantida pelas partes.

Nesse contexto, como dito pelo juiz singular, se a apelante se comprometeu a providenciar o tratamento médico ao recorrido, deve fazê-lo da melhor forma possível, até porque é remunerada para isso.

Diante desses firmes fundamentos, verifica-se que é dever da Unimed custear toda cirurgia e o tratamento de quimioterapia, aos quais foi submetido o recorrido, procedimentos estes realizados pelo Dr. Marcel Autran Machado no Hospital Sírio-Libanês, na cidade de São Paulo, devendo ressarcir os gastos para aquisição e aplicação de todo material necessário ao sucesso da cirurgia de retirada de tumores hepáticos.

Anote-se, ainda, que a cláusula contratual que exclui a cobertura fora da área de atuação da ora apelante, caracteriza-se por abusiva ante as peculiaridades do presente caso.

(...)

Diante dessas razões, nego provimento ao recurso interposto pela Unimed Dourados, mantendo intacta a sentença de origem." (f. 309-312). (Grifei).

Melhor analisando os autos, constato, de fato, omissão no acórdão atacado, porquanto o segundo pedido da ora embargante, qual seja, o de ressarcir os custos com a cirurgia do ora embargado mediante aplicação da tabela da Unimed, deixou de ser enfrentado pelo decisum impugnado.

Assim, deve passar a fazer parte do acórdão recorrido, ainda que em sentido contrário àquilo que pretende a cooperativa ora embargante, que o reembolso dos custos com a cirurgia epigrafada deve ser feito de acordo com os valores despendidos pelo autor ora embargado, fixados na sentença em R$ 90.358,95, incidindo sobre os mesmos juros de mora de 1% ao mês a contar da citação (2.12.2010), isto porque, embora não seja ilícita, em tese, a limitação de reembolso regulada por tabela de honorários e serviços, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tenho que, no caso concreto, o reembolso das despesas havidas com o tratamento do ora embargado deve ser total.

Com efeito, a cláusula 18ª do contrato (f. 22), que dispõe sobre a internação de urgência e a responsabilidade por quaisquer despesas resultantes do atendimento, não dispõe sobre os percentuais ressarcíveis, tampouco sobre a tabela de honorários e serviços médicos. Destarte, entendo que o consumidor, no caso em tela, não foi devidamente esclarecido sobre as restrições contidas no plano contratado, o que, além de violar frontalmente o princípio da informação, também não se coaduna com o disposto nos artigos 47 e 54, § 4º, do CDC.

Eis, a propósito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EFETIVADO POR COOPERATIVAS SITUADAS EM CIDADES DIFERENTES, COM PERSONALIDADE JURÍDICA DISTINTA, PORÉM SOB A MESMA DESIGNAÇÃO (UNIMED). ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. RESPONSABILIDADE DA UNIMED-RIO PELA COBERTURA. As Cooperativas são sociedades de pessoas, distintas das sociedades comerciais, de fins não econômicos, embora visem resultados positivos, constituídas para prestar serviços a seus associados, sendo regidas pela Lei 5764/71. Embora a UNIMED RIO e a UNIMED PAULISTANA sejam pessoas jurídicas distintas, ambas fazem parte do Complexo Empresarial Cooperativo Unimed, tanto o é que no site UNIMED pode ser constatado que esta se intitula COMPLEXO UNIMED, oferecendo serviços em todas as unidades da Federação, sendo incontroverso que o atendimento possa ser feito em todas as partes do País. Existência de solidariedade entre as UNIMEDs que se justifica ainda mais quando se verifica que o cartão do usuário, que se encontra nos autos, está identificado o logotipo UNIMED, na parte superior direita, sem fazer qualquer referência a que cidade pertence, evidenciando, assim, a correlação entre as empresas. A ré integra o mesmo conglomerado econômico - Sistema Cooperativo Unimed, e, portanto, se locupleta com a propaganda conjunta realizada para todo o grupo, obtendo credibilidade pública em âmbito nacional, também deve suportar os ônus desta vantagem. A Unimed, como um todo ou por meio de cada uma das suas subdivisões, não pode criar no consumidor a expectativa de se tratar de um serviço de escopo amplo, e mesmo nacional, para quando se vê demandado em juízo buscar limitar a sua responsabilidade apenas à determinada pessoa jurídica regional, que não teria obrigação de arcar com a pretensão manejada. (grifei).*

Anote-se, por fim, que, ao contrário do alegado pela ora embargante, o julgador não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, incidindo, no caso, o brocardo da mihi factum dabo tibi jus.

Nesse sentido, aliás, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *[...] 1. Não há falar em violação aos arts. 128 e 535 do CPC, quando o acórdão recorrido decidiu todas as questões pertinentes, embora não da forma almejada pelo recorrente. Outrossim, o julgador não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, uma vez que ao qualificar os fatos trazidos ao seu conhecimento, não fica adstrito ao fundamento legal invocado ("jura novit curia" e "da mihi factum dabo tibi jus").*

Por essas razões, para sanar as omissões apontadas no decisum, acolho parcialmente os presentes embargos, apenas para sanar a omissão apontada, sem, contudo, atribuir-lhe o efeito modificativo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, ACOLHERAM PARCIALMENTE OS EMBARGOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Juiz Nélio Stábile e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 25 de junho de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0020484-09.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. TRABALHO TEMPORÁRIO. CONTRATOS SUCESSIVOS. NULIDADE. FGTS DEVIDO. RECURSO PROVIDO.

São devidos os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a administração pública declarado nulo em função de inobservância da regra constitucional que estabelece prévia aprovação em concurso público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Campo Grande, 23 de julho de 2013.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por Alceu Elias de Oliveira e outros contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança promovida em face de Estado de Mato Grosso do Sul.

Os apelantes alegam, em síntese, que:

> *"Os recorrentes ajuizaram reclamação trabalhista junto a Vara do Trabalho desse Estado, aduzindo em síntese terem ministrado aulas para a rede pública estadual, por anos consecutivos, mediante contratação temporária, sem submissão a concurso público, desvirtuando a finalidade estabelecida no art. 37, inciso IX da Constituição Federal (f. 558).*
>
> *E que diante da inexistência de situação transitória ou emergencial a justificar e legitimar a contratação temporária, perdendo a relação jurídico-administrativa da relação, entendeu os recorrentes ser uma relação trabalhista (f. 558).*
>
> *Assim, os recorrentes pleitearam o pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, no patamar de 8% sobre os valores mensalmente recebidos a título de remuneração e ainda o reconhecimento da unicidade contratual, já que eram afastados no período de férias (f. 558).*

> *Considerando a regra de que a indenização mede-se pela extensão do dano, o parâmetro utilizado deverá ser o próprio valor das parcelas da contribuição do FGTS, calculados sobre o salário mensal do período ministrado (f. 567).”*

Por fim, requerem o provimento do recurso para “afastar a prescrição quinquenal, declarando a nulidade do contrato temporário, condenando o recorrido ao pagamento das contribuições do FGTS, a título de indenização por danos materiais, calculados sobre os salários efetivamente pagos pelo período trabalhado, devidamente atualizado e acrescidos de juros legais” (f. 571).

O apelado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões (f. 584-605).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator).

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por Alceu Elias de Oliveira e outros contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança promovida em face de Estado de Mato Grosso do Sul.

Dou provimento ao recurso.

De plano, afasto a prescrição quinquenal acolhida pela sentença ora atacada, porquanto, consoante entendimento jurisprudencial dominante, “*o prazo prescricional para a cobrança de contribuições para o FGTS é trintenário, não se lhe aplicando a prescrição quinquenal prevista no artigo 174 do CTN, por não possuir natureza jurídica tributária. Inteligência da Súmula 210 do STJ*”. [1]

No mérito, os ora apelantes aduzem que foram contratados temporariamente para lecionar na rede pública estadual de ensino, com base no disposto na Lei Complementar Estadual n. 87/2000 (Estatuto dos Profissionais da Educação Básica do Estado de Mato Grosso do Sul) e, assim dizendo, insurgem-se contra a sentença combatida afirmando que fazem jus ao recebimento do FGTS relativo ao período trabalhado.

Pois bem. A Constituição Federal, como cediço, condiciona o ingresso no serviço público à prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos. Confira-se:

> *“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;” (Grifei).*

Por outro lado, o próprio texto constitucional autoriza, excepcionalmente, e em caráter temporário, a contratação, mediante convocação, de profissionais para atuar como docentes na educação básica. Em consonância com o comando constitucional, a supracitada Lei Complementar n. 87/2000, em seu artigo 19, prevê a convocação, em caráter temporário, de candidato com habilitação para atuar como docente na educação básica.

1 Processo: AC 953 PA 0000953-17.2006.4.01.3903 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS J.: 02/05/2011. 5ª TURMA. e-DJF1 p.168 de 13/05/2011.

Esta forma de contratação dá-se quando, de maneira justificada, há necessidade temporária e excepcional interesse público do ente estatal em arregimentar professores.

No caso, nada obstante o Estado, inicialmente, ter contratado os recorrentes mediante o sistema de convocação, valendo-se dos requisitos da necessidade temporária e excepcional interesse, a aludida modalidade de contratação deslegitimou-se em razão das sucessivas e posteriores re-contratações havidas.

Outro não pode ser o raciocínio, haja vista que a prorrogação dos contratos ocorreu, na espécie, sem a observância dos dispositivos contidos na Constituição Federal, notadamente porque a permanência dos contratados, investidos nos cargos sem concurso público, perdeu o caráter temporário previsto na lei, fato este que tornou os respectivos contratos nulos de pleno direito.

Ocorre que, conquanto os referidos contratos temporários sejam reconhecidamente nulos, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento recente no RE 596478, consolidou o entendimento de que "*são devidos os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a administração pública declarado nulo em função de inobservância da regra constitucional que estabelece prévia aprovação em concurso público*".[1]

Eis trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes prolatado no referido julgamento:

> *"(...)*
>
> *De antemão, faz-se mister assinalar que a matéria relativa aos efeitos da nulidade do contrato de trabalho constitui em diversos sistemas jurídicos autêntica vexata quaestio. Alguns autores defendem a aplicação ao contrato de trabalho das concepções civilistas, entendendo que, em caso de nulidade do aludido negócio jurídico, hão de se lhe reconhecer todos os efeitos que lhe atribui o Direito Civil, (Hueck - Nipperdey, Lehrbuch dos Arbeitsrechts, apud Mario de la Cueva, Derecho Mexicano Del Trabajo, Mexico, 1969, t. 1, p. 512). Afirma-se, nessa linha de entendimento, que eventual prejuízo do empregado haverá de ser composto mediante a propositura da competente ação de indenização.*
>
> *(...)*
>
> *10. A doutrina dominante parece perfilhar orientação diversa, sustentando a inaplicabilidade das idéias civilistas em caso de nulidade de contrato de trabalho, porquanto impossível a restituição das partes à situação anterior. Nesse sentido, Mario de La Cueva leciona (...)*
>
> *O insigne mestre mexicano afirma que os efeitos da nulidade na relação contratual de trabalho podem ser assim resumidos:*
>
> *a) na hipótese do serviço não se ter iniciado, a nulidade impede a formação da relação;*
>
> *b) no caso da prestação de trabalho já se ter iniciado, não poderá a nulidade produzir efeitos retroativos com prejuízo para o trabalhador, fundando-se esse entendimento no próprio Direito Civil que também preserva as situações decorrentes dos chamados contratos de trato sucessivo, colocando-os a salvo da destruição retroativa. Tendo o Direito do Trabalho o duplo propósito de cuidar da vida e da saúde do trabalhador e de assegurar-lhe, mediante a proteção do salário, uma posição adequada, a nulidade da relação de emprego se assemelha, nesse aspecto, à rescisão, pondo fim à relação para o futuro.*

1 http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=209782&tip=UN acesso em 19.6.2012.

Em outros sistemas jurídicos, como o alemão, problemas oriundos da nulidade do contrato de trabalho têm sido arrostados com fundamento na chamada 'Doutrina das

Relações Contratuais Fáticas '(Lehre der faktischen Vertragsverhältnisse'). Tal concepção doutrinária tem o propósito, dentre outros, de oferecer solução adequada às

consequências legais oriundas de um contrato nulo, mormente nas chamadas 'relações de engajamento'(Eingliederungsverhältnisse'), como nos contratos de sociedade e de trabalho, já que nesses casos a teoria clássica da nulidade dos negócios não se tem mostrado capaz de oferecer soluções adequadas. Entende-se que a execução do contrato não permite que ele seja tido por não verificado ('ungeschehen'), cuidando-se assim, de uma 'relação de trabalho fática'('faktisches Arbeitsverhältnis'), de uma 'sociedade de fato' ('faktische Gesellschaft') J. Esser e E. Schmidt , Schuldrecht, Allg. Teil, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, pp. 110/116; Werner Flume, Das Rechtsgeschäft Berlim 1979, pp. 95/102; Hans Brox, Allgemeines Schuldrecht, München, 1982, pp. 33/36). Daí considerar essa corrente como válida (als gültig) as aludidas relações, pelo menos no que concerne ao passado (Esser, Ob. cit., p. 114).

(...)

17. Também entre nós não parece existir razão para que se atribua efeito retroativo à decretação de nulidade do contrato de trabalho. Na ausência de disposição expressa, como a do Direito Italiano, e à falta de um desenvolvimento doutrinário, no tocante às 'Relações Contratuais Fáticas', há de se admitir a legitimidade das pretensões decorrentes da relação de emprego, ainda que esta venha a ser declarada inválida.

Do contrário, ter-se-ía a norma protetiva aplicada contra os interesses daquele a quem visa proteger. Esta constitui sem dúvida a única solução compatível com a natureza tutelar do Direito de Trabalho. Nesse sentido, prelecionam Orlando Gomes e Elson Gottschalk, in verbis:

'A questão da ineficácia do contrato de trabalho seria resolvida em termos tão simples se fôra possível aplicar ao mesmo, com todo rigor, a teoria civilista das nulidades. Mas, a natureza especial da relação de emprego não se compadece com a retroatividade dos efeitos da decretação da nulidade. O princípio segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo em face da natureza da prestação devida pelo empregado. Consistindo em força-trabalho, que implica em dispêndio de energia física e intelectual, é, por isso mesmo, insuscetível de restituição. Se a nulidade absoluta tem efeito retroativo, se repõe os contraentes no estado em que se encontravam ao estipular o contrato nulo, como se não fora celebrado, nenhuma parte tem o direito de exigir da outra o cumprimento da obrigação. Donde se segue que o empregado não tem o direito de cobrar o salário ajustado. Esta seria a consenquência inelutável do princípio da retroatividade da nulidade de pleno direito.

Mas, é conseqüência evidentemente absurda, ainda mesmo se admitindo que o trabalhador possa exigir a remuneração com fundamento na regra que proíbe o enriquecimento ilícito. Porque a verdade à que a retroatividade só teria cabimento se o empregador pudesse devolver ao empregado a energia que este gastou no trabalho.

Mas, como isso não é possível, os efeitos da retroatividade seriam unilaterais, isto é, beneficiariam exclusivamente ao empregador, como pondera DE LA CUEVA, ao criticar a opinião de HUECK-NIPPERDEY. Deve-se admitir em toda extensão o princípio segundo o qual trabalho feito é salário ganho. Pouco importa que a prestação de serviço tenha por fundamento uma convenção nula. Em Direito do Trabalho, a regra geral há de ser a irretroatividade das nulidades. O contrato nulo produz efeitos até a data em

> *que for decretada a nulidade. Subverte-se, desse modo, um dos princípios cardeais da teoria civilista das nulidades. A distinção entre os efeitos do ato nulo e do ato anulável, se permanece para alguns, não subsiste em relação a este.' (Curso Elementar de Direito do Trabalho, 1963, pp. 115/116). (...)*[2] *" (Grifei).*

Destarte, diante do posicionamento já sedimentado no Supremo Tribunal Federal, e ainda com intuito de evitar interposição de recursos extraordinários, bem como em homenagem à garantia da efetividade e da celeridade processual, passo a adotar, como razão de decidir, a argumentação desenvolvida pela Corte Constitucional, qual seja, de que são devidos os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a administração pública declarado nulo, como é o caso presente.

Ante o exposto, dou provimento ao presente recurso para reformar a sentença hostilizada, condenando o Estado apelado ao pagamento dos depósitos do FGTS pelo período reclamado, devidamente atualizados e acrescidos de juros moratórios de 6% ao ano desde a citação até a data de 29.6.2009, a partir de quando os encargos serão aqueles aplicados às cadernetas de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a alteração da Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Juiz Nélio Stábile) (Revisor).

Peço vênia para divergir do entendimento esposado pelo Douto Relator, quanto ao mérito, por entender que a ação deve ser julgada improcedente.

Tratou-se de contratação temporária de profissionais para trabalhar como professores, contratação essa que foi renovada. Ainda que não tenha sido objeto de concurso, essa contratação e sua renovação constituiu uma relação estatutária, e não trabalhista.

Os Apelantes ingressaram com uma Reclamação Trabalhista, tendo havido declinação da competência para a Justiça Estadual. Ocorre que nesta Justiça Estadual não se aplicam quaisquer dos preceitos ou artigos da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, nem há competência para conhecer de questões trabalhistas.

Aqui se instalaria uma contradição insolúvel: se a relação é trabalhista, o feito deveria ter curso e ser julgado pela Justiça do Trabalho. Se houve declinação da competência, não poderia se tratar de relação trabalhista, nem de aplicação das regras da CLT, nem reconhecimento de quaisquer verbas trabalhistas.

A própria declinação de competência confirma que a relação de trabalho é estatutária, não havendo razão para reconhecimento ou garantia de quaisquer verbas trabalhistas.

Reputo conveniente anotar que os Apelantes não poderiam pretender ao mesmo tempo exercer o cargo para o qual foram chamados e contratados e arguir a suposta nulidade dessa contratação, ou arguir a nulidade dessa contratação e ao mesmo tempo pleitear verbas decorrentes dessa mesma contratação. Em verdade, a nulidade se operaria tanto para uma como para outra parte, não podendo ser considerada unilateralmente.

Ante o exposto, peço vênia ao D. Relator para **negar provimento ao recurso**.

O Sr. Des. João Maria Lós (Vogal).

Acompanho o Relator.

2 http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=209888 acessado em 19.06.2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Hildebrando Coelho Neto e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 23 de julho de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4005792-03.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL. IPTU PROGRESSIVO. ESTATUTO DA CIDADE. REQUISITOS AUTORIZADORES PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. AUSENTES. SEGUIMENTO NEGADO.

Para que seja possível a antecipação dos efeitos da tutela nos processos de conhecimento em geral, torna-se necessária a presença dos requisitos autorizadores para a sua concessão, dispostos no art. 273 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de julho de 2013.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Regina Marta Bruno Costa Marques contra a decisão que indeferiu a tutela antecipada requerida nos autos da ação anulatória de débito fiscal que move em face do Município de Campo Grande.

A agravante alega, em suma, que:

> *"[...] ajuizou ação para anular a exigência do Imposto Territorial urbano, exercício de 2013, pedindo antecipação de tutela, para que evitar que a Fazenda Municipal não inscreva o respectivo débito questionado em dívida ativa e não faça execução fiscal (f. 2).*
>
> *O Juízo a quo indeferiu a antecipação de tutela (f. 2).*
>
> *Fatos negativos não precisam ser provados (negativa non sunt probanda). Esta é a regra do sistema probatório do nosso ordenamento jurídico. Não pode o Juiz exigir que o Autor prove um fato que não aconteceu (a notificação do contribuinte, estabelecida pelo Estatuto da Cidade como requisito essencial para exigir IPTU progressivo-Lei Federal 10.257 de 2001, arts. 5º e 7º). A prova de que a notificação aconteceu fica a cargo do Município, se tal puder ela provar que ocorreu (f. 5).*
>
> *Por tais razões, entende a Agravante que merece reforma a decisão do Juízo a quo, ao indeferir o pedido de tutela antecipada (f. 6)."*

Requer o provimento do recurso.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 68-69).

O ora agravado, devidamente intimado, apresentou contraminuta, pugnando pelo improvimento do recurso (f. 83-85).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator).

Trata-se, como relatado, de agravo de instrumento interposto por Regina Marta Bruno Costa Marques contra a decisão que indeferiu a tutela antecipada requerida nos autos da ação anulatória de débito fiscal que move em face do Município de Campo Grande.

A ora agravante insurge-se contra a decisão supramencionada, argumentando, em síntese, que é nula a cobrança do IPTU com a alíquota de 2,5% decorrente da aplicação do novel instituto da progressividade no tempo, porquanto não teria havido a notificação prévia do proprietário do imóvel para demonstrar se o mesmo está ou não cumprindo com a sua função social, forte no que dispõem os artigos 5º e 7º do Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/2001), razão pela qual requer a concessão de tutela antecipada para o fim de suspender a exigibilidade do referido crédito tributário.

Nego provimento ao recurso.

Atento aos limites da via recursal, analiso tão somente se presentes ou não na espécie os requisitos autorizadores da concessão da tutela que foi negada à autora agravante, sem ferir, contudo, o mérito da presente ação, evitando-se, assim, eventual supressão de instância.

Ora, cediço que a finalidade da antecipação da tutela é adiantar o provimento jurisdicional em relação ao bem jurídico que se visa tutelar, desde que presentes os requisitos do artigo 273[3], do CPC, quais sejam, prova inequívoca da verossimilhança da alegação e o fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação.

Assim, é preciso levar em conta a necessidade imediata do postulante, bem como a probabilidade da existência do direito postulado, à luz de documentos e provas que encontram-se nos autos.

No caso vertente, ao menos neste momento processual, vislumbro ausentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada.

A prova inequívoca da verossimilhança das alegações, em um juízo de cognição sumária, não restou consubstanciada no presente caso, pois não se pode verificar dos documentos juntados aos autos o descumprimento pelo Município recorrente do referido Estatuto da Cidade.

Ora, as objeções trazidas pela agravante dizem respeito à matéria de mérito que, necessariamente, será objeto de apreciação quando da análise em sede de juízo de cognição exauriente, após a devida instauração do contraditório e regular dilação probatória.

3 Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Registre-se, outrossim, que, no caso em comento, não há informação acerca da existência de tramitação de ação executiva, razão pela qual o fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação, em tese, também não foi demonstrado nos autos.

Nesse sentido, imperioso ressaltar o seguinte trecho da decisão impugnada:

> *"(...) No presente caso, a simples alegação da inexistência de notificação do contribuinte para adequação do seu imóvel sob pena de aplicação da progressividade no tempo não é suficiente para afastar a legitimidade do lançamento realizado e suspender a exigibilidade do ato administrativo.*
>
> *Com relação ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, considerando que o único risco de dano apontado seria o ajuizamento de execução fiscal fundada em débito que se presume legítimo, entendo que tal requisito também não se encontra preenchido (f. 65)."*

Destarte, ausentes, como se viu, os requisitos autorizadores da tutela antecipada, o seu indeferimento é medida que se impõe.

Anote-se, por fim, que deve ser mantida a regularização do polo passivo determinada de ofício pela magistrada de piso, porquanto, consoante se infere-se do artigo 12 do CPC, têm capacidade de ser parte e de estar em juízo a União, os Estados, os Territórios, o Distrito Federal e os Municípios.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso, mantendo intacta a decisão hostilizada.

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. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Juiz Nélio Stábile e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 23 de julho de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Embargos de Declaração n. 0012112-45.2011.8.12.0021/50000 – Três Lagoas
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – NULIDADE DA SENTENÇA, POR CERCEAMENTO DE DEFESA – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA – PESSOA JURÍDICA – AUSÊNCIA DE PROVA DA VIOLAÇÃO À HONRA OBJETIVA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Não é possível a arguição de vícios processuais sanáveis ocorridos antes do saneamento do feito, em decisão irrecorrível, tendo em vista a preclusão. 2. A violação à honra objetiva (que alude ao conceito que os outros tem do ofendido) depende de comprovação. Conquanto não comprovados os danos alegados, improcedente a pretensão indenizatória por danos morais almejados pela pessoa jurídica. A falha na prestação dos serviços, sem maiores consequências, caracteriza mero inadimplemento contratual, insusceptível de reparação por danos morais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar os embargos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de junho de 2013.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Alice de Paula Queiroz & Cia Ltda. ME, opõem embargos de declaração contra o acórdão proferido no julgamento do agravo de instrumento tirado contra decisão proferida nos autos da Ação de Obrigação de Fazer, c/c Reparação de Danos, que move contra Brasil Telecom S/A. Alega que o aresto seria omisso quanto às provas constantes dos autos, aptos a evidenciar os danos morais. Reafirmando os termos do recurso originário, assevera que a falha na prestação de serviços seria suficiente para a caracterização do dano moral, bem como que o julgamento antecipado da lide implica em cerceamento de defesa, quando o feito ainda não se encontrava maduro para julgamento.Prequestiona a aplicação de dispositivos legais e constitucionais. Requer, assim, o acolhimento dos declaratórios para o fim de sanar os vícios apontados com efeitos infringentes.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Extrai-se do autos que Alice de Paula Queiroz & Cia Ltda. ME - solicitou à Brasil Telecom S/A, com quem mantém contrato de prestação de serviços de telecomunicações, a transferência de endereço de linha telefônica, o que causou a interrupção dos serviços de telefonia e internet por 30 dias. Alegou ter experimentado danos morais e requereu indenização. Os pedidos foram julgados improcedentes.

Preliminar de nulidade da sentença

Sustenta a recorrente a nulidade do processo, por cerceamento de defesa, tendo em vista o julgamento antecipado da lide quando ainda pretendia produzir prova testemunhal. Ainda nesse ponto, sustenta que não teve oportunidade de impugnar a contestação nem manifestar-se sobre a juntada intempestiva do documento de f. 62, considerado na solução da lide dada pelo Juízo da causa.

Registro, inicialmente, que foi franqueada à apelante a produção da prova testemunhal, tanto que designada audiência exclusivamente para essa finalidade, que só não foi realizada pelo decurso do prazo para apresentação do rol de testemunhas pela parte autora, ora recorrente, conforme certificado a f. 112.

Aliás, a produção da referida prova foi deferida quando do despacho saneador (f. 108), no qual foi declarada a regularidade do processo e fixados os pontos controvertidos, decisão que restou irrecorrida. Qualquer vício processual sanável, a exemplo da possibilidade de manifestação sobre a contestação e o documento de f. 62 (inserido no corpo da peça de defesa), restou sanado, estando preclusa a oportunidade de arguição.

Rejeito, portanto, a arguição de nulidade da sentença.

No que concerne à questão de fundo, sustenta a recorrente que o elenco probatório constante dos autos, diferentemente do quanto consignado pelo juízo da causa, seria apto ao julgamento de procedência da pretensão contida na inicial. Pondera que o dano moral estaria caracterizado na lesão à sua imagem, diante da falha na prestação dos serviços.

A responsabilidade civil por danos morais tutela a inviolabilidade do direito à honra, insculpido no art. 5º, X, da Constituição Federal, que abrange a honra subjetiva e objetiva. A primeira concerne ao conceito que a pessoa tem de si mesma, ao passo que a honra objetiva atina ao conceito que as demais pessoas tem do indivíduo.

Segundo Carlos Alberto Bittar, citado por Yussef Said Cahali:

> *"qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos das personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)" (Dano Moral, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 20)*
>
> *Essa distinção é relevante na medida em que a pessoa jurídica não possui honra subjetiva. De conseguinte, a caracterização da responsabilidade civil no caso em apreço deve levar em consideração a valoração da imagem da apelante no meio social em que se vê inserida".*

Vale ressaltar, ainda, que o Juízo da causa assentou que embora incontroversa a falha na prestação dos serviços (atraso de 30 dias para a transferência de endereço de linha telefônica), não sobreveio aos autos prova de violação à honra objetiva da apelante, razão pela qual caracterizou aqueles fatos como mero inadimplemento contratual, sem consequências de ordem moral.

Com efeito, não existe nos autos nenhum indício sequer da desvalia à imagem da apelante em decorrência do vício na prestação dos serviços, sendo que esse fato não pode ser presumido. Dessarte, não verifico, na hipótese, a ocorrência de nenhum evento causador do dano moral, caracterizando mero inadimplemento contratual e dando causa a reparação material.

Na reparação do dano moral, o direito lesionado vai além dos explicitados nos autos. Os aborrecimentos, percalços, frustrações e vicissitudes que fazem parte e estão impregnados nas contingências próprias da vida em sociedade não geram o dever de indenizar, ainda que tenham impregnado no atingido (suposto prejudicado) certa dose de amargura, pois a reparação do dano moral não tem como objetivo amparar sensibilidades afloradas ou suscetibilidades exageradas, denotando que nem todo inadimplemento contratual é passível de gerar ou autorizar o deferimento de qualquer compensação pecuniária em decorrência de mero transtorno ou aborrecimento experimentado.

Assim, após sopesar todo o acervo probatório reunido aos autos, embora inarredável o vício na prestação dos serviços, não há como concluir que tal conduta gerou abalo suficiente a ensejar a reparação por danos morais.

A propósito, a jurisprudência deste tribunal não destoa desse entendimento:

> *"(...) 4. Se a descrição dos fatos para justificar o pedido de danos morais está no âmbito de dissabores, sem abalo à honra e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade, o dano moral não é pertinente. 5. Recurso especial conhecido e provido, em parte". (STJ, REsp 554876/RJ; Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. 17.02.04, 3ª Turma STJ).*

Também no âmbito desta Corte:

> *"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS - PESSOA JURÍDICA - IMPROCEDÊNCIA - NÃO DEMONSTRADA A OFENSA À IMAGEM OU HONRA OBJETIVA - I A pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de danos morais (CF, art. 5º, incs. V e X), desde que atinja sua honra objetiva, isto é, sua reputação, o conceito e prestígio que goza perante a sociedade, terceiros ou praça em que desenvolve sua atividade. II Julga-se improcedente o pleito de indenização por danos morais em nome da pessoa jurídica, à míngua de prova de que os fatos descritos na inicial teriam atingido a moral objetiva da autora que é pessoa jurídica. III- Com efeito, a mácula ao nome da pessoa jurídica reflete em sua reputação comercial, gerando, pois, descrédito e desmoralização perante os clientes. O dano sob o ângulo estrito é a lesão do patrimônio, mas de forma ampla é a lesão de qualquer bem jurídico, e ai se inclui o dano moral. IV No caso dos autos, no entanto, não há de se admitir os danos morais, pois os mesmos não podem ser presumidos. Os fatos narrados na inicial não foram provados pela autora, ônus que lhe competia. V Recurso conhecido, porém improvido. Sentença mantida." (TJCE - AC 0037285-41.2007.8.06.0001 - 7ª C.Cív. - Rel. Francisco Bezerra Cavalcante - DJe 23.03.2012 - p. 80).*

Mais,

> *"Para que a pessoa jurídica sofra danos em sua honra objetiva, com o consequente dever de indenizar pelo responsável, faz-se mister que a sua reputação e imagem sejam abaladas no meio comercial."* (**TJMS,** *Apelação Cível N. 2011.034249-0, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, j. 29.11.2011, Quarta Câmara Cível).*

Ainda,

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR COBRANÇA INDEVIDA C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA*

– MERO DISSABOR OU ABORRECIMENTO – NÃO CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL – MANTIDA A SUCUMBÊNCIA ANTE A IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO." (**TJMS,** *Apelação Cível N. 2011.024143-5, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. 24.8.2011, Quinta Câmara Cível).*

Portanto, apesar de não restar dúvidas de que a apelada foi negligente em oferecer serviço defeituoso, não se vislumbra no caso dos autos a ocorrência de dano moral.

Posto isso, conheço e nego provimento ao presente recurso, ratificando os termos da sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM OS EMBARGOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 27 de junho de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0027955-76.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, C/C DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE – AUTORIZAÇÃO PARCIAL PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – LEGITIMIDADE PASSIVA DE UNIMED CAMPO GRANDE – DANO MORAL – MAJORAÇÃO REJEITADA – HONORÁRIOS CONTRATUAIS – RESTITUIÇÃO INCABÍVEL – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A Unimed Campo Grande possui legitimidade passiva para responder solidariamente por contrato firmado com a Unimed Rio de Janeiro, em aplicação ao Código do Consumidor e à Teoria da Aparência, principalmente quando o procedimento cirúrgico a que foi submetido a apelante foi realizado nesta Capital, por intermédio da Unimed aqui localizada. 2. Embora a apelante tenha experimentado dissabores em razão da recusa na cobertura integral da cirurgia pelo plano de saúde, não existem elementos a justificar a majoração da indenização. 3. No que se refere ao pedido de indenização por danos materiais, referente aos valores despendidos com honorários advocatícios contratuais, em caso semelhante já me posicionei no sentido de que são incabíveis por ausência de previsão legal, bem como porque ensejaria em arbitrariedade o repasse à parte contrária de despesas adquiridas exclusivamente pelo autor da lide, além de redundar em dupla condenação. 4. verificando-se que a apelante obteve êxito quanto à manutenção da Unimed Campo Grande no pólo passivo da lide, bem como quanto ao pedido de obrigação de fazer, tendo sido provido apenas em parte o pedido de reparação de danos, não restam dúvidas quanto a sucumbência mínima, devendo ser aplicada ao caso em tela a previsão contida no art. 21, parágrafo único, do CPC, com a imposição à parte contrária da integralidade pelo pagamento dos ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de julho de 2013.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Rosalina Guiomar Batista Garcia, interpôs recurso de apelação em face de Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico e Unimed-Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda, objetivando a reforma da sentença que, além de julgar parcialmente procedente os pedidos formulados na presente Ação de Obrigação de Fazer, c/c Reparação de Danos Morais, excluiu da lide a Unimed – Campo

Grande/MS – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda, ao fundamento de se tratar de parte ilegitimidade. Inicialmente, insurge-se contra o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva da Unimed – Campo Grande/MS, ao argumento de que em se tratando de prestação de serviços médicos hospitalares em todo o território nacional, resta legitimada qualquer cooperativa integrante da entidade Unimed para figurar no pólo passivo da demanda. No mais, alega que a sentença arbitrou os honorários advocatícios em valor ínfimo de R$ 5.000,00, devendo ser majorados para R$ 10.895,46; que, ao contrário do que entendeu o juiz *a quo*, os honorários contratuais encontram-se contemplados na reparação integral, por perdas e danos, nos termos dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil; que no caso de se entender que o percentual de 20% mostra-se abusivo, analisando-se as peculiaridades do caso, poderá ser arbitrado valor de acordo com a tabela da OAB; que a apelante decaiu de parte mínima do pedido, devendo as apeladas responderem pela integralidade da sucumbência; que não é cabível a compensação de honorários advocatícios e que o valor arbitrado a título de honorários advocatícios a serem pagos pela apelada mostram-se irrisórios, devendo ser majorados, assim como deve ser minorado para R$ 500,00, o valor a ser pago pelo apelante. Prequestionou os artigos 389, 395, 402 e 404 do CC; art. 6º, III e IV, 28 § 3º, 36, caput, e 37, § 1º, todos do CDC; art. 22 da Lei 8.906/94 e art. 21, § único, do CPC. Pugnou pelo provimento para reforma parcial da sentença, reconhecendo-se a legitimidade passiva da Unimed – Campo Grande/MS, com a majoração dos danos morais e condenação das apeladas ao pagamento dos honorários advocatícios contratuais, bem como a reforma dos ônus da sucumbência e, eventualmente, a aplicação do art. 21, parágrafo único, do CPC, vedada a compensação de honorários sucumbênciais.

Em contrarrazões, a Unimed-Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda, defendeu que a dermolipectomia decorrente de transplante renal é, na realidade, um procedimento estético para correção de flacidez abdominal, não possuindo cobertura contratual; que não houve qualquer ilegalidade na não autorização do procedimento; que como a apelada não causou qualquer dano extra-patrimonial à apelante, qualquer indenização a título de danos morais caracteriza enriquecimento ilícito; que o pedido de danos materiais equivalente a 20% do valor auferido com a demanda não merece ser provido, uma vez que o pedido deve ser certo e determinado e o suposto prejuízo material comprovado e que a sentença agiu com acerto ao fixar a sucumbência recíproca e a compensação de honorários, razão pela qual requereu o improvimento do recurso.

A Unimed – Campo Grande/MS – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - também apresentou contrarrazões, aduzindo que a relação contratual da apelante não é com a Unimed Campo Grande, mas sim com a Unimed Rio, razão pela qual pugnou pela manutenção da sentença que reconheceu sua ilegitimidade passiva.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Rosalina Guiomar Batista Garcia em face de Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico Ltda e Unimed Rio de Janeiro - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.

Versam os autos sobre a negativa de cobertura de cirurgia dermolipectomia para correção de abdome e a reparação de outras hérnias, sob o fundamento de tratar-se de procedimento estético.

O juiz da causa julgou parcialmente procedente a pretensão, ao argumento de que tanto a dermolipectomia como a reparação de outras hérnias estava atrelado ao sucesso da cirurgia em si (correção funcional do quadro), não se subsumindo a meros fins estéticos, e, em homenagem à boa-fé objetiva, à

função social do contrato e ao equilíbrio contratual, confirmou a liminar deferida inicialmente, com a condenação da Unimed-Rio ao pagamento de danos morais no valor de R$ 5.000,00, e exclusão da Unimed Campo Grande da presente lide.

Em grau de recurso, a autora suscitou a legitimidade passiva da Unimed Campo Grande, ao argumento de que apesar do contrato de prestação de serviços ter sido firmado com a Unimed Rio, em razão da sua abrangência ser em todo o território nacional, resta legitimada qualquer cooperativa integrante da entidade Unimed, para figurar no pólo passivo da demanda.

Pois bem, em se tratando de relação de consumo, nos termos do art. 13 do CDC, é garantido ao consumidor ingressar com ação em face de qualquer das empresas do grupo, se encontrar dificuldade de identificar o responsável pelo produto ou serviço.

Resta evidenciado, ainda, que a ação pode ser dirigida diretamente contra a Unimed Campo Grande, pois o procedimento cirúrgico a que foi submetido a apelante foi realizado nesta Capital, por intermédio da Unimed aqui localizada.

Nesse sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO – CONTRATO CELEBRADO ENTRE A AUTORA E A UNIMED FEDERAÇÃO SÃO PAULO – LEGITIMIDADE DA UNIMED CAMPO GRANDE NA QUALIDADE DE COOPERADA INTERMEDIÁRIA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO NÃO PROVIDO. Se por meio de acordo de intermediação firmado entre as cooperativas da UNIMED o consumidor pode ser atendido por qualquer uma, é evidente o elo funcional existente entre elas, elo este que legitima a UNIMED Campo Grande para responder no pólo passivo da lide." (Agravo Regimental em Agravo n. 2010.025980-0/0001, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran. 1ª Turma Cível. Julgamento: 21/09/2010).*

Outrossim, como bem observou o juízo *a quo,* perfeitamente aplicável a Teoria da Aparência, mormente porque o plano contratado possui cobertura de âmbito nacional, devendo ser considerado que o cliente confia na responsabilidade de qualquer uma das cooperativas da rede Unimed existente na Federação.

Assim, resta caracterizada a legitimidade da Unimed Campo Grande para figurar no pólo passivo.

No que se refere à não cobertura do procedimento, ao fundamento de se tratar de tratamento estético, conforme já dito anteriormente, o juiz "a quo" considerou que tanto a dermolipectomia como a reparação de outras hérnias estava atrelado ao sucesso da cirurgia em si (correção funcional do quadro), não se subsumindo a meros fins estéticos. Como não houve interposição de recurso por parte das empresas conveniadas, aludida matéria transitou em julgado.

Apesar disso, a questão devolvida a este Tribunal limita-se apenas e tão somente ao pedido de majoração dos danos morais, originariamente arbitrados em R$ 5.000,00.

Sustenta a apelante ter experimentado dor moral em virtude da recusa das apeladas na autorização de cobertura total do procedimento cirúrgico a que necessitava ser submetida. Alega que a recusa lhe gerou abalo psicológico relevante, devendo ainda ser considerado seu vulnerável estado de saúde, razão pela qual seria ínfima a quantia arbitrada em R$ 5.000,00.

No que concerne ao pedido de majoração dos danos morais, entendo que não assiste razão a apelante. O dano em questão decorre do simples inadimplemento contratual, com a negativa ou falha na prestação do serviço, porquanto, injusta a cobertura parcial do procedimento cirúrgico indicado. Há que

se observar, porém, que embora incontroversa a recusa parcial, a apelante obteve liminar para este fim (f. 75-78), em menos de dois meses após a emenda da inicial, onde o médico fez os devidos esclarecimentos acerca do estado da paciente (f. 72). É bem verdade, que ao emendar a inicial o médico indicou que o retardo no procedimento agravaria o quadro, contudo, em aproximadamente 40 (quarenta) dias a apelante obteve a liminar para fins de autorização, não havendo notícias de possíveis agravamento. Ademais, há que ser observado que para concessão da liminar foi necessário maiores esclarecimentos por parte do médico responsável, o que, a princípio, ensejou no retardamento da prestação jurisdicional.

Pondero, ainda, que tenho decidido pela aplicação de dano moral puro em casos de injusta recusa de cobertura de tratamento/cirurgia por plano de saúde, no entanto quando constatada situação que o comporte. Sabe-se que o dano moral puro dispensa a prova do dano, mas exige circunstância suficientemente constrangedora ou angustiante de modo a que se conclua ser inerente o abalo moral causado. No caso dos autos, como já dito anteriormente, dada a ausência de recurso da parte contrária, a questão está limitada ao pedido de majoração dos danos morais.

Portanto, nesta seara, embora a apelante tenha experimentado dissabores em razão da recusa na cobertura integral da cirurgia pelo plano de saúde, a meu ver, não existem elementos a justificar a majoração da indenização.

Este Tribunal já se posicionou acerca da matéria. Veja:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. NEGATIVA DE COBERTURA. CLÁUSULA ABUSIVA. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35, da Lei n. 9.656/1998, pois envolvem típica relação de consumo. Assim, incide, na espécie, o artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. A Lei n. 9.656/98 é aplicável à hipótese dos autos, independentemente de ter havido a adequação do contrato firmado entre as partes a esta legislação, por se tratar de pacto de trato sucessivo.* ***O descumprimento contratual, por si só, não dá ensejo ao reconhecimento de danos extrapatrimoniais. Hipótese em que a negativa de cobertura não configura dano moral.*** *" (Apelação Cível n. 2011.030617-1, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins. 1ª Turma Cível, Julgamento: 14/12/2011) - destaquei.*

Já no que se refere ao pedido de indenização por danos materiais, referente aos valores despendidos com honorários advocatícios contratuais, em caso semelhante já me posicionei no sentido de que são incabíveis por ausência de previsão legal, bem como ensejaria em arbitrariedade o repasse à parte contrária de despesas adquiridas exclusivamente pelo autor da lide, além de redundar em dupla condenação. É bem verdade que ao enfrentar a mesma matéria, o Superior Tribunal de Justiça adotou entendimento contrário.

Confira parte do voto proferido no REsp. 1134725/MG, pela Ministra Nancy Andrighi:

> *"O Código Civil de 2002 – nos termos dos arts. 389, 395 e 404 – determina, de forma expressa, que os honorários advocatícios integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos.*
>
> *Os honorários mencionados pelos referidos artigos são os honorários contratuais, pois os sucumbenciais, por constituírem crédito autônomo do advogado, não importam em decréscimo patrimonial do vencedor da demanda. Assim,* ***como os honorários***

> ***convencionais são retirados do patrimônio da parte lesada*** *- para que haja reparação integral do dano sofrido – aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos com os honorários contratuais." destaquei.*

A meu juízo esse entendimento somente se coaduna nas ações em que não há condenação em sucumbência, como ocorre na Justiça do Trabalho. Em se tratando de ação cível, o trabalho do causídico deve ser remunerado nos termos do que dispõe o art. 20 do CPC. E ainda que se diga que a parte contratante terá seu patrimônio diminuído, o fato é que diante da possibilidade do advogado vir a receber os honorários sucumbênciais, a rigor, este não ficaria sem remuneração. Daí que a contratação de honorários diverso, contitui-se em mera liberalidade do contratante, caracterizando despesa de cunho pessoal, não podendo ser imposta à parte contrária.

Ainda, em consonância com o REsp. 1134725/MG, destaca a Ministra Nancy Andrigh:

> *"(...) para evitar interpretações equivocadas da presente decisão, cumpre esclarecer que, embora os honorários convencionais componham os valores devidos pelas perdas e danos, o valo cobrado pela atuação do advogado não pode ser abusivo. Dessarte, se o valor dos honorários contratuais for exorbitante, o juiz poderá, analisando as peculiaridades do caso concreto, arbitrar outro valor, podendo utilizar como parâmetro a tabela de honorários da OAB."*

Ora, como já dito, o trabalho do causídico já é remunerado nos termos do que preceitua o art. 20 do CPC. Ao se permitir que o juiz arbitre outro valor que não aquele contratado, sob o fundamento de ser abusivo, estar-se-ia permitindo a dupla remuneração tendo por fato gerador a mesma apreciação equitativa do juiz, uma vez que este não esta obrigado a observância da tabela da OAB.

Nesse sentido, já pronunciou reiteradamente esta Corte:

> *"EMENTA – AÇÃO DECLARATÓRIA, C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA – COBRANÇA INDEVIDA – DEVOLUÇÃO EM DOBRO – AFASTADA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MERO DISSABOR – PERDAS E DANOS – HONORÁRIOS CONTRATUAIS DA PARTE VENCEDORA – IMPOSSIBILIDADE DE CARREAR À PARTE CONTRÁRIA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) 3. A lei processual civil prevê o pagamento de honorários advocatícios pela parte sucumbente ao patrono da parte vencedora, motivo pelo qual não é devida a reparação pelos gastos decorrentes de honorários contratuais. " (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.007364-3 - Quinta Turma Cível – de minha relatoria – j. em 31.3.2011).*

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C DANOS MORAIS E MATERIAIS – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PESSOA JURÍDICA – MERO DISSABOR – PERDAS E DANOS – HONORÁRIOS CONTRATUAIS – PRETENSÃO DE QUE SEJAM ARCADOS PELA SUCUMBENTE – INCABÍVEL – RECURSO IMPROVIDO. (...) A sucumbência não inclui em seu bojo os honorários convencionais livremente pactuados pelas partes com seus respectivos patronos, inexistindo qualquer obrigação do vencido por este pagamento, uma vez que tais honorários, em regra, são devidos pela prestação do serviço de advocacia e não pelo êxito da demanda." (TJMS -Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.034249-0 - Quarta Turma Cível – Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro – j. em 29.11.2011).*

Feitas essas considerações, não há se falar em ofensa aos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil.

Á luz destas considerações, verificando-se que a apelante obteve êxito quanto à manutenção da Unimed Campo Grande no pólo passivo da lide, bem como quanto ao pedido de obrigação de fazer, tendo sido provido apenas em parte o pedido de reparação de danos, não restam dúvidas quanto a sucumbência

mínima, devendo ser aplicada ao caso em tela a previsão contida no art. 21, parágrafo único, do CPC, com imposição à parte contrária da integralidade pelo pagamento dos ônus da sucumbência.

Acolhida a pretensão da apelante quanto a reforma dos ônus sucumbenciais, ficam prejudicados os pedidos formulados alternativamente, qual seja, a vedação à compensação de honorários advocatícios e a necessidade de majoração do valor proporcional fixado a título de remuneração do causídico.

Por fim, dou por analisado explicitamente ou implicitamente a matéria prequestionada.

De tudo quanto exposto, conheço em parte do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento para o fim de declarar a legitimidade de Unimed - Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico Ltda, para figurar no pólo passivo da presente lide, e, consequentemente, sua solidariedade quanto a condenação imposta, ficando reformada a sentença na parte em que extinguiu o feito em relação à referida apelada. No mais**,** em razão da apelante ter decaído de parte mínima do pedido, nos termos do art. 21, parágrafo único do CPC, condeno as apeladas ao pagamento da integralidade da sucumbência fixada em primeiro grau, ficando sem efeito a condenação em honorários advocatícios imposta a apelante em relação à Unimed Campo Grande. Ficam mantidos, todos os demais termos da sentença recorrida.

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. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 18 de julho de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0052855-12.2001.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DATA DE INÍCIO – CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

No que se refere ao início da contagem do prazo prescricional, o artigo 174 do Código Nacional Tributário estabelece que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco (5) anos, contados da data de sua constituição definitiva. A constituição definitiva do crédito tributário somente ocorrerá quando, depois de lançado o tributo, estiver exaurido o prazo para a apresentação da defesa. Este é o marco inicial da prescrição. A inscrição não é ato de constituição do crédito tributário. Nos termos do art. 15, § 2º, da Lei Complementar n. 02/92, considera-se feita a notificação do lançamento 15 dias após a publicação do edital, de modo que a notificação ocorreu de fato em 27/01/1996. Por outro lado, não foi alegado ou acostado qualquer documento evidenciando a interposição de recurso administrativo, daí que é esta a data deflagradora do prazo prescricional, com término em 17/01/2001, e não aquela constante da CDA (31/12/1996).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1 de agosto de 2013.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

A Fazenda Pública do Município de Campo Grande, nos autos da Ação de Execução Fiscal que promove em face de Gonçalves Dias Filho, inconformada com a sentença que decretou a extinção do processo, em razão da prescrição do título executivo, interpôs recurso de embargos infringentes, convertido em apelação pelo juízo *a quo* (f. 65-66). Para tanto sustentou que o direito do fisco constituir o crédito extingue-se depois de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 174 do CTN e art. 61 do Código Tributário Municipal, pelo que não haveria prescrição no caso em pauta. Afirmou que a constituição do crédito tributário deu-se em tempo hábil, e a propositura da ação ocorreu no prazo legal, não podendo ser responsabilizada pela demora na citação da apelada. Ao final, pugna pelo provimento. Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Pois bem. No que se refere ao início da contagem do prazo prescricional, o artigo 174 do Código Nacional Tributário estabelece que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco 5 anos, contados da data de sua constituição definitiva, portanto, é imperioso saber quando ocorreu a constituição definitiva do crédito tributário, já que a partir daí tem início o prazo prescricional.

Eduardo de Moraes Sabbag, a respeito da questão, ensina:

> *"O conceito de Prescrição está umbilicalmente ligado à intelecção da expressão constituição definitiva do crédito tributário. Esta ocorre em datas distintas, conforme o comportamento do contribuinte, em face do lançamento. Assim, caso o contribuinte, após o lançamento, não procure impugnar o débito, desprezando-o, a constituição definitiva do crédito tributário ocorrerá ao termino do prazo (previsto na legislação especifica) permitido para fazê-lo. Na esfera administrativa federal, o processo administrativo fiscal é regido pelo Decreto n. 70.235/72, em cujo art. 15 consta o prazo de 30 (trinta) dias para a protocolização da impugnação administrativa. Portanto, a constituição definitiva do crédito tributário ocorrerá após o prazo cabível de 30 dias, a partir da intimação do lançamento, isto é, no 31º dia". (Direito tributário – São Paulo: prima concursos preparatórios, 2004; p. 211).*

Portanto, a constituição definitiva do crédito tributário somente ocorrerá quando, depois de lançado o tributo, estiver exaurido o prazo para a apresentação da defesa. Este é o marco inicial da prescrição. Ocorre que o artigo 61 do Código Tributário Municipal, citado pelo município apelante, não especifica de forma clara quando o crédito tributário estaria constituído de forma definitiva, fazendo alusão tão somente ao termo inicial para fins de prescrição.

Confira:

> *"As dívidas provenientes de tributos prescrevem e 5 (cinco) anos, a contar do término do exercício dentro do qual aqueles se tornarem devidos."*

Frise-se que ao contrário do que ocorre com a legislação federal, onde consta expressamente que o contribuinte tem 30 (trinta) dias para impugnar o lançamento (art. 15 Decreto 70.235/72), tal previsão inexiste em nossa legislação municipal.

A respeito, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

> *"(...). É de se manter decisão que, atendendo a pedido da parte executada, declara prescrito o direito de ação executiva fiscal pelo decurso do prazo de cinco anos, sem ação do Poder Tributante, a partir da constituição definitiva do crédito tributário.(..)". (REsp. 812669/RS – Primeira Turma – Ministro José Delgado – Julgado em 17.08.06 – Publicado no DJU em 18.09.06).*

Hugo de Brito Machado, ao tratar da prescrição, escreve:

> *"O crédito é levado à inscrição como divida depois de definitivamente constituído. A inscrição não é ato de constituição do crédito tributário. Pressupõe, isto sim, que este se encontre regular e definitivamente constituído e, ainda, que se tenha esgotado o prazo para o pagamento". (in Curso de Direito Administrativo. Ed. Malheiros, 2005, pág 218).*

No caso em análise, o apelado foi notificado do lançamento do IPTU 1996, através do Edital n. 001/96, publicado no Diário Oficial de 12/01/1996, fato mencionado na sentença e que não foi impugnado pelo Fisco.

Pois bem, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei Complementar n. 02/92, considera-se feita a notificação do lançamento 15 dias após a publicação do edital, de modo que a notificação ocorreu de fato em 12/01/1996. Como não foi alegado ou acostado qualquer documento evidenciando a interposição de recurso administrativo, a data deflagradora do prazo prescricional passou a ser o dia imediato ao do vencimento, qual seja, 27/01/1996, e não aquela constante das CDA (31/12/1996), com término em 27/01/2001.

Desta forma, ajuizada a ação de execução fiscal somente no dia 22/07/2001, não restam dúvidas quanto à ocorrência da prescrição do crédito tributário, a ensejar a extinção do crédito e da ação executiva.

Esse mesmo posicionamento vem sendo adotado por reiterada jurisprudência deste Tribunal:

> *"Apelação Cível – Execução – N. 2007.000278-2/0000-00 – Corumbá – Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz; Apelação Cível - Execução - N. 2007.000272-0/0000-00 – Corumbá – Relator Des. Rêmolo Letteriello; Apelação Cível - Execução - N. 2007.000318-6/0000-00 – Corumbá - Relator Des. Paschoal Carmello Leandro; Agravo Regimental em Apelação Cível - Execução - N. 2006.020408-4/0001-00 – Corumbá – Relator Des. Divoncir Schreiner Maran."*

E também pela doutrina:

> *"Enquanto o titular do direito não tem ação para defendê-lo, vale dizer, para obrigar o devedor a satisfazê-lo, não se inicia o prazo de prescrição. Por isto a doutrina fala do princípio da acio nata, segundo o qual a prescrição nasce quando nasce a ação a que se refere. A prescrição que atinge o direito de a Fazenda Pública cobrar o crédito tributário nasce no primeiro dia seguinte ao prazo dado ao devedor, na intimação a este dirigida, para que efetue o pagamento do crédito tributário.* ***O art. 174 do Código Tributário Nacional diz que a prescrição nele estabelecida nasce na data da constituição definitiva do crédito tributário. Ocorre que essa constituição definitiva do crédito tributário somente produz efeitos perante o contribuinte no momento em que chega ao conhecimento deste mediante a competente intimação. Por outro lado, nessa intimação é concedido um prazo para que o contribuinte efetue o pagamento correspondente, e como a prescrição somente nasce com a lesão ao direito material, que faz nascer o direito de ação a que se refere, a prescrição na verdade só começa a fluir na data em que se esgota o prazo de que dispõe o contribuinte para fazer o pagamento****." ("Comentários ao Código Tributário Nacional", Hugo de Brito Machado, vol. III, editora Atlas, 2005, p.563) destaquei.*

Consequentemente, se a partir do dia seguinte ao vencimento do IPTU a Fazenda Pública já possui o direito de cobrar o seu crédito, não pode pretender, por força do art. 61 do CTM, alterar o início do respectivo prazo prescricional.

Diante do exposto, **conheço e nego seguimento ao recurso**, ratificando os termos da sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 01 de agosto de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0000954-02.2008.8.12.0052/50000 - Anastácio
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA – DESLOCAMENTO DE POSTES DE ENERGIA ELÉTRICA – NÃO CONFIGURAÇÃO DOS ART. 142 DO DECRETO Nº 41.019/57 E ART. 109 DA RESOLUÇÃO N. 456/00 INCUMBÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Quando não configurados os arts. 142 do Decreto nº 41.019/57 e art. 109 da Resolução nº 456/00, editada pela ANEEL, a incumbência do deslocamento de postes de energia elétrica é da concessionária.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de julho de 2013.

Juiz Vilson Bertelli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A – ENERSUL interpõe agravo regimental contra a decisão que negou seguimento ao seu recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 45/49, que julgou procedente o pedido contido na ação cominatória proposta por Município de Anastácio em desfavor do recorrente, e julgou improcedente sua reconvenção.

Sustenta que o encargo de recolocação de postes de rede elétrica incumbe, com exclusividade, àquele que vier dar causa à recolocação, conforme prevê art. 142 do Decreto nº 41.019/57 e art. 109 da Resolução n. 456/00, editada pela ANEEL.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (Relator).

Conforme relatado, trata-se de agravo regimental interposto por Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A – ENERSUL contra a decisão que negou seguimento ao seu recurso de apelação interposto

contra a sentença de fls. 45/49, que julgou procedente o pedido contido na ação cominatória proposta por **Município de Anastácio** em desfavor do recorrente, e julgou improcedente sua reconvenção.

Sustenta que o encargo de recolocação de postes de rede elétrica incumbe, com exclusividade, àquele que vier dar causa à recolocação, conforme prevê art. 142 do Decreto n. 41.019/57 e art. 109 da Resolução n. 456/00, editada pela ANEEL.

I.

A decisão agravada foi assim fundamentada:

> *"Conforme disposição contida no artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil, é possível a prolação de decisão monocrática, quando o recurso for manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado, ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.*
>
> ***II.***
>
> *Em que pesem os argumentos do recorrente, a sentença deve ser mantida.*
>
> *O Município de Anastácio ingressou com a presente ação porque, ao construir casas populares com recursos do Fundo Nacional de Habitação e Interesse Social – FNHIS, rebaixou o terreno de modo a descobrir o aterramento dos postes de alta tensão. Então, oficiou a requerida, solicitando o deslocamento dos postes. Em resposta, a apelante informou a necessidade do pagamento de R$ 29.117,50, para execução do serviço.*
>
> *A sentença recorrida foi fundamentada no seguinte sentido:*
>
> *"O poste em questão, fato incontroverso no feito, é de propriedade da demandada, a qual restringe-se a alegar a sua não-responsabilidade pela remoção do mesmo, uma vez que este seria pré-existente ao próprio alinhamento de ruas e loteamento do local.*
>
> *Não merece acolhida tal alegação, especialmente em face das disposições do art. 141, do Decreto n. 41.019/57, que regulamenta os deveres dos concessionários, com as alterações posteriores implementadas pelo Decreto n. 98.335, verbis:*
>
> *"São de responsabilidade total do concessionário os encargos correspondentes a:*
>
> *I - obras no sistema elétrico que não estejam vinculadas diretamente ao atendimento de novas cargas;*
>
> *II - obras necessárias para atender aos níveis de continuidade e de qualidade de serviço fixados pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, bem como aquelas atribuíveis ao concessionário em conformidade com as disposições regulamentares vigentes.*
>
> *Parágrafo único. O disposto nos incisos I e II aplica-se igualmente aos casos em que a execução das obras seja feita concomitantemente com o atendimento de solicitações enquadradas no art. 138.*
>
> *Pois bem. Não se pode olvidar que cabe às empresas concessionárias de serviços públicos exercer suas atividades em consonância com as normas previstas na Constituição da República, regendo-se, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, pelos seguintes princípios: dever inescusável do Estado de promover a prestação do serviço, supremacia do interesse público, adaptabilidade, universalidade, impessoalidade, continuidade,*

transparência, motivação, modicidade tarifária, controle interno e externo (Curso de Direito Administrativo, 16ª edição, Editora Malheiros).

Resta, portanto, induvidosa a responsabilidade dessas empresas no que se refere à manutenção e conservação da rede elétrica, resguardando a segurança e incolumidade das pessoas.

Por um lado, como é sabido, temos as limitações administrativas; por outro, temos o direito de propriedade que engloba os direitos de ter, de fruir e de dispor do bem (jus utendi, fruendi et abutendi), conforme diz o art. 1.228 do CC/2002, direito esse garantido constitucionalmente, mas não em termos absolutos, haja vista o princípio da função social (CF, art. 5º, caput, e incisos XXII e XXIII)

Assim, quanto à remoção dos postes, deve-se colocar na balança o que deve prevalecer entre a obrigação da requerida em retirá-los com ônus e o interesse público no sentido de que eles sejam retirados a bem do serviço público.

Resta, pois, a limitação administrativa, no mínimo a que mais se aproxima ao caso sub judice, que vem a ser uma restrição geral e de interesse coletivo (uti universi), isto é, os postes da rede pública de energia elétrica estão inviabilizando um interesse público maior, qual seja a construção de casas populares.

Uma vez definido que se está diante de uma limitação administrativa, descabe indenização, salvo quando ela, na prática, interdita o uso da propriedade, aniquila o direito dominial ou suprime o valor econômico do bem.

Dessarte, se a propriedade deve suportar a limitação administrativa e se nesta descabe indenização, salvo quando na prática interdita a propriedade ou desvaloriza o bem, em princípio, vista linearmente a questão em julgamento, não haveria como acolher o pedido de indenização para remoção dos postes, pois não há prova de que tal fato aniquila a propriedade ou suprime-lhe o valor econômico, a ponto de autorizar desapropriação indireta.

Ademais, não importa o fato de a colocação do poste ser antecedente, e sim que, a partir de determinado momento, em razão de obra autorizada pelo Poder Público Municipal, a sua presença erigiu-se em limitação administrativa. Tratando-se de poste da rede pública, e não da rede particular, obviamente as despesas correm por conta da fornecedora, ainda mais sendo ônus de imposição gratuita, pois incide o art. 141, do Decreto n. 41.019/57, segundo o qual compete à concessionária pagar pelas obras relativas ao sistema elétrico e para atender aos níveis de continuidade e de qualidade." (fls. 46/48).

Assim, as incumbências de custeio definidas pelo art. 142 e do Decreto n. 41.019/57 e art. 109 da Resolução n. 456/00, editada pela ANEEL, não se encontram presentes, de modo que cabe à concessionária de energia o ônus de deslocamento dos postes, in casu:

***Art. 142**. São de responsabilidade do consumidor o custeio das obras realizadas a seu pedido e relativas a:*

I - extensão de linha exclusiva ou de reserva;

II - melhoria de qualidade ou continuidade do fornecimento em níveis superiores aos fixados pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, ou em condições especiais não exigidas pelas disposições regulamentares vigentes, na mesma tensão do fornecimento ou com mudança de tensão;

III - melhoria de aspectos estéticos;

IV - outras que lhe sejam atribuíveis, de conformidade com as disposições regulamentares vigentes.

Art. 109. *Os serviços cobráveis, realizados a pedido do consumidor, são os seguintes:*

I - vistoria de unidade consumidora;

II - aferição de medidor;

III - verificação de nível de tensão;

IV - religação normal;

V - religação de urgência; e

VI - emissão de segunda via de fatura.

III.

Posto isso, excepcionalmente e à vista da singularidade do caso, nego seguimento ao recurso de apelação interposto por Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A – ENERSUL*, com fundamento no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil."*

II.

Pela análise das razões recursais apresentadas, verifica-se que a agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ilidir os fundamentos da decisão agravada.

Por isso, suas razões não devem subsistir, devendo ser mantida a decisão recorrida que negou seguimento ao recurso.

III.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A – ENERSUL e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 09 de julho de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0003528-83.2010.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INADIMPLEMENTO DAS MENSALIDADES ESCOLARES – PROIBIÇÃO DE ENTRAR NA ESCOLA – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – VALOR ARBITRADO RAZOÁVEL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Por violar o artigo 6º da Lei 9.870/99, deve ser condenada ao pagamento de indenização por dano moral a escola que proibe o seu aluno de frequentar a aula por motivo de inadimplemento das mensalidades.

O valor da indenização deve ser mantido quando é suficiente para satisfazer o autor e fazer com que o réu atente para a gravidade de sua conduta.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de julho de 2013.

Juiz Vilson Bertelli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Colégio Balão Mágico interpõe agravo regimental (f. 176/183) contra a decisão monocrática, proferida em recurso de apelação (f. 169/172), a qual manteve na íntegra a sentença que julgou procedente o pedido de indenização por danos e o condenou ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Defende a redução do valor da indenização, sob o argumento de estar com sérias dificuldades financeiras. Alega, ainda, ser insignificante o dano sofrido pela agravada, ao fundamento de não ter causado qualquer repercussão no meio escolar.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (Relator).

Trata-se de agravo regimental interposto por Colégio Balão Mágico contra a decisão monocrática, proferida em recurso de apelação, a qual manteve na íntegra a sentença que julgou procedente o pedido de indenização por danos e o condenou ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

O agravante defende a redução do valor da indenização, sob o argumento de estar com sérias dificuldades financeiras. Alega, ainda, ser insignificante o dano sofrido pela agravada, ao fundamento de não ter causado qualquer repercussão no meio escolar.

Todavia, não vislumbra qualquer irregularidade ou abusividade, de modo que o presente recurso não prospera e a decisão recorrida deve ser submetida à apreciação do órgão colegiado, mantendo-a nos mesmos termos:

> *"Aplica-se à hipótese a regra prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o recurso está em confronto com jurisprudência dominante.*
>
> *Da análise das provas produzidas, especialmente o comunicado encaminhado aos pais da autora Letícia de Lima Souza (f. 12), o qual não teve a sua autenticidade questionada, ficou devidamente comprovado o ato ilicito praticado pelo apelante.*
>
> *Consta do referido documento, enviado no dia 17 de novembro de 2009, que a autora Letícia de Lima Souza, no dia seguinte, não poderia entrar no colégio em razão do inadimplemento de suas mensalidades.*
>
> *Essa vedação viola a Lei 9.870/99, o qual dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. De acordo com o artigo 6º, caput e § 1º, dessa lei, a escola não pode aplicar qualquer tipo de punição pedagógica por inadimplemento das mensalidades escolares e estabelece que o desligamento do aluno por esse motivo só pode ocorrer no final do ano letivo.*
>
> *Isso, evidentemente, não retira o direito do apelante de exigir dos pais de seus alunos os valores contratuais devidos, desde que haja com cautela, especialmente sem ofender direitos individuais fundamentais.*
>
> *Na verdade o apelante até poderia encaminhar bilhetes, ajuizar ações e inscrever os inadimplentes nos cadastros de proteção ao crédito, mas, de forma alguma, poderia proibir o aluno de participar de suas atividades pedagógicas.*
>
> *Mesmo se não existisse legislação específica, a atitude da apelante continuaria reprovável, por contrariar normas constitucionais fundamentais, tais como, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e o direito de todos a educação (art. 205). Além disso, o 42 do Código de Defesa do Consumidor proibe expor o consumidor inadimplente ao ridículo na cobrança de seus débitos.*
>
> *A propósito, conveniente transcrever julgado do Superior Tribunal de Justiça que trata de caso semelhante, ainda que de forma indireta:*
>
> *ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. RETENÇÃO DE DOCUMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. INADIMPLÊNCIA. PRAZO SUPERIOR A NOVENTA DIAS. RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. NÃO OBRIGATORIEDADE. ART. 6º DA LEI N.9.870/1999. OBTENÇÃO DE DIPLOMA. REEXAME DE PROVA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. DISSÍDIO PRETORIANO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. **O art. 6º da Lei n. 9.870/1999 proíbe a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas**. No entanto a jurisprudência entende que a instituição de ensino está autorizada a não renovar a matrícula caso o atraso seja superior a noventa dias, como*

ocorre nos autos.- É vedado em recurso especial o reexame do conjunto fático-probatório, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.- A ausência do cotejo analítico entre os arestos confrontados inviabiliza o conhecimento do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional. Recurso improvido. (REsp 1320988/TO, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 23/08/2012)

Com efeito, por violar legislação específica, bem como normas constitucionais fundamentais e infraconstitucional de caráter geral, o apelante deve responder pelo dano causado as autoras. Por conseguinte, não se vislumbra qualquer irregularidade na sentença proferida.

Do mesmo modo, não há razão para modificar o valor da indenização arbitrado.

Sabe-se que indenização deve ser arbitrada por equidade, pois em se tratando de dano moral não há lei fixando valor. Logo, deve-se encontrar um valor que sirva de punição ao infrator e possa outorgar à vítima uma satisfação qualquer, mesmo que de cunho material.

Esse valor não pode ser tão baixo que seja irrelevante ao condenado e nem tão alto a ponto de ocasionar o enriquecimento sem causa do beneficiário.

Ante a gravidade da conduta praticada, o valor da indenização até poderia ser elevado. Entretanto, por não existir recurso de apelação das autoras e pelo fato de o apelante não ser empresa com alta capacidade econômica, tanto é que está representado pela Defensoria Pública do Estado, deve-se manter o valor arbitrado.

A referida quantia, R$ 10.000,00 (dez mil reais) é suficiente para satisfazer as autoras – não devendo, como dito, enriquecerem-se às custas da indenização – e punir o réu, fazendo com que esta atente para a gravidade de sua conduta.

Posto isso, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego provimento ao recurso de apelação."

Diante de tais argumentos, a decisão recorrida deve ser mantida, tanto pelos fundamentos nela constantes como pela inexistência, nos argumentos trazidos pelo agravante, de elementos capazes de afastar o exposto anteriormente.

Posto isso, nego provimento ao agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 09 de julho de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4006986-38.2013.8.12.0000/50000 - Anaurilândia
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Nas ações de natureza patrimonial incumbe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu o de provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos de direito do autor, em atenção à regra do ônus da prova (CPC, art. 333).

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 13 de agosto de 2013.

Juiz Vilson Bertelli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Rosa Antonieta Di Raimo Frans e Henrique Sérgio Franz interpõe agravo regimental contra a decisão que negou provimento ao agravo de instrumento.

Com fundamento na responsabilidade objetiva da CESP em relação aos danos ambientais, nos princípios da prevenção e da precaução, sustentam o direito de serem beneficiados com a inversão do ônus da prova. Afirmam existir provas de que a CESP é causadora do dano ambiental e de que é responsável pela implantação da faixa ciliar das Áreas de Preservação Permanente - APP. Alegam que a maioria dos julgados é favorável à inversão do ônus da prova no direito ambiental.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (Relator).

Trata-se de agravo regimental interposto por Rosa Antonieta Di Raimo Frans e Henrique Sérgio Franz contra a decisão que negou provimento ao agravo de instrumento.

Com fundamento na responsabilidade objetiva da CESP em relação aos danos ambientais, nos princípios da prevenção e da precaução, sustentam o direito de serem beneficiados com a inversão do ônus da prova. Afirmam existir provas de que a CESP é causadora do dano ambiental e de que é responsável pela implantação da faixa ciliar das APP. Alegam que a maioria dos julgados é favorável a inversão do ônus da prova no direito ambiental.

Todavia, embora os fatos noticiados, se verdadeiros, também causem impactos ambientais, a presente ação é de natureza patrimonial. O intuito dos agravantes é receber indenização pelos danos supostamente causados pela ré no imóvel rural de que são proprietários, bem como obrigá-la a fazer obras de contenção com intuito de cessar os prejuízos próprios.

Incide, portanto, as regras do Código de Processo Civil, de modo que incumbe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos de direito do autor.

Esses já foram os fundamentos utilizados na decisão recorrida, motivo pelo qual deve ser submetida à apreciação do órgão colegiado, mantendo-a nos mesmos termos:

> *"Trata-se de agravo de instrumento interposto por Rosa Antonieta di Raimo Franz e Henrique Sérgio Franz contra a decisão de indeferimento da inversão do ônus da prova.*
>
> *Aplica-se à hipótese a regra do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, tendo em vista que o recurso é manifestamente improcedente.*
>
> *De acordo com a doutrina especializada, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Civil Pública e as demais normas que integram o microssistema processual coletivo, são aplicáveis reciprocamente.*
>
> *Por conta disso, nos processos que versam direito ambiental, a aplicação do Código de Processo Civil é residual, ou seja, somente se não houver solução no microssistema processual coletivo.*
>
> *Com base nessa nova orientação, e, ainda, em atenção à teoria das cargas ou do ônus dinâmico da prova, segundo a qual a prova deve ser atribuída a quem tem a melhor condição de produzi-la, tem-se admitido a inversão do ônus nos processos ajuizados para defesa do meio ambiente.*
>
> *Todavia, embora os fatos noticiados, se verdadeiros, também causem impactos ambientais, a presente ação é de natureza nitidamente patrimonial. Isso porque o intuito dos agravantes é receber indenização pelos danos supostamente causados pela ré no imóvel rural de que são proprietários, bem como obrigá-la a fazer obras de contenção com intuito de cessar os prejuízos próprios.*
>
> *Ante a peculiaridade da pretensão, a qual busca tutelar direito individual, incide as regras do Código de Processo Civil, motivo pelo qual incumbe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (CPC, art. 333).*
>
> *Em razão disso, o agravo de instrumento não prospera, razão pela qual deve ser mantida a decisão do juiz a quo de indeferimento da inversão do ônus da prova.*
>
> *Posto isso, com fundamento no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil e dadas as peculiaridades do caso, nego provimento ao agravo de instrumento".*

Diante de tais argumentos, a decisão recorrida deve ser mantida, tanto pelos fundamentos nela constantes como pela inexistência, nos argumentos trazidos pelo agravante, de elementos capazes de afastar o exposto anteriormente.

Posto isso, nego provimento ao agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 13 de agosto de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0002586-20.2012.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – AJUIZAMENTO DA AÇÃO APÓS FALECIMENTO DO DEVEDOR – REDIRECIONAMENTO AO ESPÓLIO, AOS SUCESSORES OU AO CÔNJUGE MEEIRO – IMPOSSIBILIDADE – INDICAÇÃO ERRÔNEA DO SUJEITO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL – LEI N. 6.830/80, ART. 4º, III E CTN, ART. 131, III – INAPLICABILIDADE – SENTENÇA DE EXTINÇÃO CONFIRMADA – RECURSO DESPROVIDO.

Falecido o executado antes do ajuizamento da execução fiscal, impossível a regularização do pólo passivo da demanda.

A execução fiscal deveria ter sido direcionada desde o início aos sucessores do devedor. Assim, mostra-se correta a sentença que extinguiu o feito, por ausência de interesse de agir.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de julho de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Três Lagoas, nos autos da Ação de Execução Fiscal proposta em face de José Pereira Viana, perante o Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da mesma comarca, contrariamente a sentença de fls. 19-21 que extinguiu o processo sem resolução do mérito ante a ausência de capacidade processual da parte ré, nos termos dos artigo 267, IV, do Código de Processo Civil.

Informa que quando propôs a presente ação executiva não tinha conhecimento que o executado era falecido e somente com a citação teve conhecimento de tal fato.

Afirma ser possível a responsabilização do espólio e dos herdeiros pelos débitos deixados pelo falecido, conforme dispõe o art. 4º, III e VI da Lei n. 6.830/80 e no art. 131, II e III do CTN.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso para reformar a sentença de 1º grau, determinando o prosseguimento do feito para possibilitar ao recorrente a indicação dos sucessores e a citação para responder a presente ação executiva.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Três Lagoas por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da mesma comarca, nos autos da ação de execução fiscal que moveu em face de José Pereira Viana.

Conforme consta dos autos, a apelante ajuizou a presente ação de execução fiscal em desfavor da recorrida na data de 15.03.2012, em razão de dívida ativa de IPTU referente ao exercício de 2008 a 2010.

Recebida a inicial e determinada a citação do executado, constatou-se que o falecimento do devedor ocorrera em 03.05.2005.

O magistrado de primeiro grau proferiu sentença de extinção do feito, ante a ausência de capacidade processual da parte executada (fls. 19-21)**.**

Irresignado o apelante insurge-se aduzindo, em síntese, que quando propôs a presente ação executiva não tinha conhecimento que o executado era falecido e, com a citação restou elucidada e, posteriormente, comprovada que o executado havia falecido antes da propositura da ação.

Afirma ser possível a responsabilização do espólio e dos herdeiros pelos débitos deixados pelo falecido, conforme dispõe o art. 4º, III e VI da Lei n. 6.830/80 e no art. 131, II e III do CTN.

Em que pesem as fundamentações de fato e de direito expostas pela recorrente em suas razões recursais, entendo que não há que se falar no caso em tela, de reforma da sentença.

Como visto, a controvérsia instaurada nos presentes autos gira em torno da possibilidade de regularização do pólo passivo, mediante habilitação do espólio ou dos herdeiros, quando o falecimento do devedor ocorreu antes do ajuizamento da execução fiscal.

Primeiramente, não há falar na incidência do art. 131, II, do CTN, e 4º, V e VI, da Lei 6.830/80, como quer induzir a Fazenda Municipal, o qual prevê que são pessoalmente responsáveis os sucessores a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo *de "cujus"* até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão, do legado ou da meação.

No campo processual, a morte do devedor, sem deixar testamento conhecido, bens a inventariar e, portanto herdeiros, ensejam, a extinção da execução, ante a ausência de pólo passivo e impossibilidade jurídica do pedido. No campo material, por sua vez, a presença de sujeito passivo da obrigação é condição de existência dela mesma. Sem sujeito passivo, a obrigação padece de incerteza, tornando a inscrição em dívida ativa indevida.

Com a morte do devedor, como fato superveniente ao título executivo, deve a Fazenda Pública corrigir a sujeição passiva da obrigação e verificar a existência de bens onde possa recair a execução. (art. 43 do CPC).

No entanto, conforme resta demonstrado nos autos, o débito foi inscrito em Dívida Ativa em 15.03.2012, data em que o devedor já era falecido, o que ocorreu em 03.05.2005, ou seja, a CDA foi direcionada contra devedor inexistente. O título executivo deveria ter sido direcionado, desde o início, aos sucessores do devedor.

Em sendo assim, evidencia-se a ausência de pressuposto processual subjetivo indispensável à existência da relação processual, porquanto à época da propositura da demanda, a executada não tinha capacidade para integrar a lide, razão que justifica a extinção do feito.

Portanto, falecido o executado antes do ajuizamento da execução fiscal, impossível a regularização do pólo passivo do feito com o respectivo redirecionamento da presente ação, não havendo que se falar em citação do espólio ou habilitação dos herdeiros.

Com dito alhures, não cabe a tese de que o direito da exeqüente estaria amparado nos artigos 4º, III, da Lei n. 6.830/80 e 131, III, do CTN. De uma leitura dos dispositivos, é de se concluir que ambos se remetem à possibilidade de se expedir CDA já em nome de espólio, o que não é o caso dos autos.

Uma vez expedidas novas certidões de dívida ativa, desta vez em nome de quem de direito, poderá a autarquia ajuizar nova execução fiscal com o objetivo de cobrar o crédito tributário que alega lhe ser devido.

Nesse sentido tem-se pronunciado o Superior Tribunal de Justiça:

> *"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO APÓS O FALECIMENTO. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL SUBJETIVO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. 1. Noticiam os autos que o débito foi inscrito em dívida ativa em 19/3/2002 (fls. 3 e 19), quando o executado já havia falecido, o que se deu em 19/11/2001. 2. A execução fiscal deveria ter sido direcionada desde o início aos sucessores do devedor. Assim, mostra-se correto o acórdão que extinguiu o feito, por ausência de interesse de agir. 3. "Mesmo quando já estabilizada a relação processual pela citação válida do devedor, o que não é o caso dos autos, a jurisprudência desta Corte entende que a alteração do título executivo para modificar o sujeito passivo da execução não encontrando amparo na Lei n. 6.830/80. Sobre o tema, foi editado recentemente o Enunciado N. 392/STJ: a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução" (AGRG no RESP 1.056.606/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/05/2010). 4. Agravo regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça STJ; AgRg-REsp 1.218.068; Proc. 2010/0194798-7; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Benedito Gonçalves; Julg. 05/04/2011; DJE 08/04/2011).*

> *"PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - AJUIZAMENTO APÓS O FALECIMENTO DO EXECUTADO - REDIRECIONAMENTO AO ESPÓLIO E AOS HERDEIROS - IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, constatado que o falecimento da parte executada ocorrera antes do ajuizamento da execução fiscal, não é possível a regularização do pólo passivo da ação mediante habilitação do espólio, de herdeiros ou do cônjuge meeiro. 2. Precedentes da 7ª Turma: AC 2003.39.00.008457-0/PA, Rel. Desembargador Federal Catão Alves, Sétima Turma, e-DJF1 p.438 de 04/12/2009 e AC 2004.37.00.001293-9/MA, Rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto, Sétima Turma, e-DJF1 p.153 de 19/05/2008. 3. Apelação não provida." (AC 0003585-20.2009.4.01.3900/PA, Rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 p.253 de 11/02/2011)*

O falecimento do executado antes do ajuizamento da execução fiscal impede a regularização do pólo passivo do feito, não havendo que se falar em citação do espólio ou habilitação de herdeiros, a impor, assim, a extinção do processo de execução.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 04 de julho de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Conflito de Competência n. 1600090-03.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE COBRANÇA – AJUIZAMENTO POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO (FUNDAÇÃO ESTADUAL) – PÓLO ATIVO QUE AFASTA A COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – ART. 5º , INC. I, DA LEI FEDERAL N. 12.153/2009 – CONFLITO PROCEDENTE.

O Juizado Especial da Fazenda Pública é competente para processar e julgar os feitos cujo valor não exceda a sessenta salários mínimos (art. 2º da lei federal n. 12.153/09), entretanto, tratando-se de pessoa jurídica, sua competência restringe-se às ações ajuizadas por microempresa e empresa de pequeno porte, nos termos do art. 5º, inc. I da lei federal n. 12.153/09.

Estando no pólo ativo a pessoa jurídica de direito público (fundação estadual), compete ao Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande apreciar a matéria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, julgar procedente o Conflito, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de julho de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande, com o objetivo de ver reconhecida a competência do Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da mesma Comarca para processar e julgar a ação de cobrança registrada sob o n. 0811813-27.2013.8.12.0001.

Argumenta o juízo suscitante que sua competência restringe-se às ações ajuizadas por pessoas físicas, microempresas ou empresas de pequeno porte, nos termos do art. 5º, inc. I, da Lei Federal n. 12.153/2009, restando afastada na hipótese frente o ajuizamento por pessoa jurídica de direito público (fundação estadual), razão pela qual a competência *in casu* seria do Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos.

Dispensada a requisição de informações ao juízo suscitado.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pela procedência do conflito.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande, com o objetivo de ver reconhecida a competência do Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da mesma Comarca para processar e julgar a ação de cobrança registrada sob o n. 0811813-27.2013.8.12.0001.

Entende o juiz suscitante que a parte requerente não se enquadra na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, o que justifica a competência da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos para processar e julgar o feito.

O artigo 2º da Resolução 42, de 16 de junho de 2010, editada pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, com a alteração dada pela Resolução 45, que entrou em vigor em 17 de dezembro de 2010, determina a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública da seguinte forma:

> *"Art. 2º Os Juizados Especiais da Fazenda Pública, instalados a partir do dia 23 de Junho de 2010, terão a competência prevista no artigo 2º da Lei Federal n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009, observadas as restrições previstas no § 1º do mesmo artigo. (Alterado pela Resolução n. 45, de 15/12/2010 – DJMS, de 17/12/2010.)"*

A competência dos Juizados Especiais Federais, por sua vez, foi assim definida na Lei 12.153/2009:

> *"Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.*
>
> *§ 4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta."*

Entretanto, diante de pessoa jurídica no pólo ativo da demanda, há que se verificar a regra do artigo 5º da Lei 12.153/2009, que assim dispõe:

> *"Art. 5º Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:*
>
> *I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006;"*

Assim, o Juizado Especial só pode processar e julgar ações de pessoas jurídicas quando se tratar de microempresa ou empresa de pequeno porte, o que de fato não é o caso do requerente, pessoa jurídica de direito público (fundação estadual).

Ante o exposto e, de acordo com o parecer, julgo procedente o conflito negativo para declarar a competência do Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande para processar e julgar a ação de cobrança registrada sob o n. 0811813-27.2013.8.12.0001.

Comunique-se a decisão aos juízes interessados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 04 de julho de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4000373-02.2013.8.12.0000 - Naviraí
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MEDIDA PROTETIVA – ABRIGAMENTO – IDOSO – PORTADOR DE GRAVES PROBLEMAS DE SAÚDE – FAMÍLIA SEM CONDIÇÕES FINANCEIRAS PARA ABRIGÁ-LO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O direito à saúde e assistência é assegurado constitucionalmente, bem como pelo estatuto do idoso.

Abrigamento é medida de proteção para garantir direitos fundamentais do idoso, qual é portador de graves problemas de saúde e a família não possui condições financeiras para abrigá-lo.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de julho de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, contra decisão interlocutória proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, o qual indeferiu o pedido de abrigamento temporário, bem como assistência médica para o idoso representado.

Afirma que a dúvida quanto a condição de idoso do representado não procede, já que apesar de não constar nos autos dos documentos pessoais do idoso, os quais não foram trazidos a esta Procuradoria, verifica-se que pelo menos três servidores públicos, cujas declarações são dotadas de fé pública atestaram condição.

Pondera que ao contrário da conclusão constante na decisão agravada, no sentido de que a demora no ajuizamento da ação afastaria a urgência em relação a medida de abrigamento, não é o que se verifica no autos, já que em casos desta natureza, faz-se necessário muitas vezes, o que não foi diferentemente no caso dos autos, o estudo e acompanhamento da situação para que se alcance a melhor solução ao idoso.

Frisa que não restou alegada negligência por parte do Município de Naviraí, quanto ao atendimento médico necessário ao idoso, porém após a análise detida da situação em que se encontra o mesmo, constatou-se que as medidas adotadas até então não foram suficientes para preservar os interesses do idoso.

Destaca que o pedido de abrigamento, repousa em consonância com a sugestão do serviço de assistência social que avaliou o caso, garantindo a este alimentação e tratamento de saúde adequado.

Finaliza requerendo o conhecimento e provimento do presente para, revogar a decisão interlocutória proferida e determinar ao Município de Naviraí o abrigamento temporário do idoso P. B. da S. N., bem como que lhe preste o atendimento médico que necessita, sob pena de pagamento de multa diária.

O recurso veio instruído com os documentos necessários, sendo isento de preparo.

O recurso foi recebido no seu efeito devolutivo (f. 57-58).

Intimado, o agravado apresentou contraminuta (f. 62-66), oportunidade em que defendeu a manutenção da decisão recorrida.

Opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do agravo de instrumento interposto (f. 68-82).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, o qual indeferiu o pedido de abrigamento temporário, bem como assistência médica para o idoso representado.

O idoso P. B. da S. N. é deficiente visual e auditivo, sendo diagnosticado com *Mal de Alzheimer,* além do que apresenta comportamento agressivo, inclusive com seus familiares, não permitindo que ninguém lhe ajude, conforme restou demonstrado no relatório técnico (f. 25-26), razão pela qual pleiteia o agravante que seja o idoso internado, em estabelecimento adequado, para que possa receber tratamento médico.

Os familiares do idoso não tem condições de custear referido tratamento, conforme relatório técnico (f. 30), razão pela qual a intervenção do agravado é medida que se impõe, mesmo possuindo o idoso aposentadoria.

A Secretaria de Saúde do Município de Naviraí, presta atendimento ambulatorial ao idoso, o qual também é acompanhado por um médico psiquiátrico.

Ocorre que a situação de vida do idoso, o atendimento ambulatorial oferecido pela agravado, não é suficiente, devendo este ser abrigado em estabelecimento apropriado, já que o mesmo por si só e considerando que não aceita ajuda de seus familiares, não tem condições de se manter dignamente, vivendo pelo que demonstrou os relatórios técnicos produzidos pela assistente social da Gerência de Assistência Social (f. 25-26 e 30-38), em condições sub humanas.

Diante da situação vivenciada pelo idoso, foi elaborado relatório de estudo social (f. 47-51), pela analista/assistente social do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul:

"(...)

IV – SUGESTÕES: *Que possa ser verificada a possibilidade de se conseguir vaga junto a Casa-Lar Santo Antônio, pois apesar de possuir parentes, os mesmo não possuem condições de cuidar do idoso.*

V – PARECER:

O parecer embasa-se por si no exposto acima, onde caracterizada está uma situação degradante para o Idoso, com seus padrões culturais empobrecidos.

Sou favorável pelas demais ações já elencadas, para pelo menos, facilitar as condições no presente e no futuro que é preconizada a saúde ao idoso em diversos diplomas legais.

Existem laços familiares a serem resgatados, mas com a situação de saúde em que o idoso se encontra não permite que o mesmo demonstre a iniciativa para obter um relacionamento afetivo mais concludentes, destacando-se a realização familiar, já que a socialização e inserção em grupos sociais em muito esta impossibilitada.

(...)".

A saúde é reconhecida como direito social no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. A garantia deste direito de todos à saúde vem imposta como dever do Estado, através de políticas sociais e econômicas e acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme artigo 196 da Constituição Federal.

Tratando-se de idoso, o direito à saúde, que decorre da princípio da dignidade humana, deve receber atenção prioritária do Poder Público, pois os direitos fundamentais dos idosos estão sob proteção integral, conforme artigos 2º e 3º *caput* e parágrafo único, inciso VIII, da Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso:

"Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

(...)

VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais."

Este diploma legal, o Estatuto do Idoso, elenca alguns instrumentos para garantir os direitos fundamentais do idoso, que podem ser impostos como medida de proteção, quando estiverem ameaçados ou violados, em razão da condição pessoal do idoso (art, 43, III, da Lei 10.741). Entre estas medidas de proteção, tem-se o abrigo em entidade, como previsto no inciso V, do art. 45, do Estatuto do Idoso.

Cuidar da saúde e da assistência pública é da competência comum e concorrente da União, dos Estados e dos Municípios, estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 23, inc. II.

Então, há solidariedade entre os entes públicos para o abrigamento postulado, estando o Município de Naviraí (MS) legitimado a ser demandado em prover as condições necessárias ao pleno exercício da saúde, bem como ao abrigamento do idoso.

Assim, não há como afastar a responsabilidade do agravado, em fornecer ao idoso o abrigamento requerido, ao argumento de que tal medida poderá provocar um desequilíbrio no âmbito municipal, quanto à saúde e assistência social no âmbito municipal, pois uma vez prescrito em lei referido procedimento, é dever do Município de Naviraí (MS), cumprir referido medida legal na proteção do idoso, sob pena dos agentes políticos responsáveis incorrem em ato ímprobo.

Como já referido acima, o direito à saúde e assistência é assegurado constitucionalmente. A plena realização do direito à saúde é dever do Estado (Município, Estado e União) e direito fundamental do cidadão, nos moldes do que dispõem os arts. 6.º, 23, inc. II, 196 e 203, inc. IV da Constituição Federal.

Também não merecem prosperar as alegações quanto aos princípios constitucionais da universalidade, isonomia, igualdade e reserva do possível, para afastar a responsabilidade do agravado, posto que compete ao ente público a reserva de verbas públicas para atendimento de demanda referente à saúde.

É obrigação do Poder Público a destinação de verbas orçamentárias à saúde, razão pela qual não há falar em programas não incluídos na lei orçamentária anual e transposição ou transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa. Uma vez cumpridas as determinações constitucionais orçamentárias, não haverá prejuízo à totalidade, em detrimento da parte agravante, bem como aos demais pleitos relacionados à saúde.

Também não prospera o argumento de inexistência de recursos financeiros para o atendimento do pleito, porquanto não há discricionariedade no direito invocado pelo idoso, caso contrário ocorreria ofensa aos preceitos e princípios constitucionais.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para determinar ao agravado que promova o abrigamento temporário do idoso P. B. da S. N., bem como a prestação de atendimento médico-ambulatorial que necessita, no prazo de trinta dias; sob pena de pagamento de multa diária, no importe de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada sua incidência em quinze dias, nos termos do artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 04 de julho de 2013.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001442-05.2011.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – *ABOLITIO CRIMINIS* – INOCORRÊNCIA – NÃO PROVIMENTO.

O Decreto n. 7.473/11 em nada se aplica às pessoas flagradas em posse de arma de fogo ou munição, porquanto referido ato administrativo apenas estabelece procedimentos para aqueles que espontaneamente entregam arma de fogo à Polícia Federal ou entidades credenciadas, não inovando acerca do tipo penal em questão.

Apelação defensiva a que se nega provimento, ante o acerto da condenação nos termos do art. 12, da Lei n. 10.826/03.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, não prover o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Campo Grande, 22 de abril de 2013.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de Apelação interposta por Aparecido Tavares Cardoso objetivando a reforma da sentença que o condenou ao cumprimento de 01 (um) ano, 04 (quatro) e 20 (vinte) dias de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, pela prática do crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12, da Lei n. 10.826/03).

Requer a absolvição face a ocorrência da chamada *abolitio criminis* temporária supostamente criada pela Lei n. 10.826/03, estendida pelo Decreto n. 7.473/11.

Contrarrazões pelo não provimento do apelo (f. 147/169).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 172/177).

VOTO (EM 15.04.2013)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

Aparecido Tavares Cardoso interpõe Apelação a fim de reformar a sentença que o condenou a 01 (um) ano, 04 (quatro) e 20 (vinte) dias de detenção, em regime semiaberto, e ao pagamento de 16 (dezesseis)

dias-multa, pela prática do crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12, da Lei n. 10.826/03).

Infere-se dos autos que, ao 1º de fevereiro de 2011, por volta das 07 h, no imóvel localizado aos fundos do comércio "Mudas MS", localizado na rodovia BR 163, Jardim Alhambra, em Dourados, o acusado foi preso em flagrante por possuir 01 (uma) arma de fogo, tipo "cartucheira", calibre 32; 03 (três) cartuchos deflagrados; 04 (quatro) munições intactas, bem como pólvora, espoleta e chumbo.

Segundo a prefacial, os militares deslocaram-se ao local a fim de cumprir mandado de busca e apreensão com o fim de localizar GUSTAVO FRICH CARDOSO, sendo recepcionados pelo acusado, afirmando que tal pessoa era seu filho e não mais residia naquele local.

Os policiais questionaram APARECIDO acerca da existência de alguma arma de fogo no imóvel, ocasião em que o mesmo informou que possuía o artefato descrito.

O pleito absolutório fundamentado na ocorrência da chamada *abolitio criminis* temporária supostamente criada pela Lei n. 10.826/03, e pelo Decreto n. 7.473/11 não comporta provimento.

É certo que o Decreto n. 7.473/11 estabelece procedimentos para entrega das armas de fogo – dando respaldo, inclusive, à Portaria n. 797, de 05 de maio de 2011, do Ministério da Justiça – sem fazer qualquer alusão ao prazo para que isso ocorra.

Nesta esteira, o entendimento de que tal procedimento estabelece nova *abolitio criminis* daria força de lei a um mero ato administrativo, equivaleria à revogação de tipos penais previstos no Estatuto do Desarmamento, e – *data maxima venia* – afigura-se de todo equivocado.

De mais a mais, tem-se que o Decreto se reporta as pessoas que por livre e espontânea vontade entregam armas de fogo e munições nos locais credenciados, ou seja, não faz qualquer menção e, nem sequer, alude aos que são flagrados em posse do armamento, como nos autos em apreço.

Nesse sentido, colaciona-se o Decreto n. 7.473/11:

> *"Art. 1° Os arts. 68, 69, 70 e 70-G do Decreto n° 5.123, de 1º de julho de 2004, passam a vigorar com a seguinte redação:*
>
> *Art.68.*
>
> *Parágrafo único. Os recursos financeiros necessários para o cumprimento do disposto nos arts. 31 e 32 da Lei no 10.826, de 2003, serão custeados por dotação específica constante do orçamento do Ministério da Justiça.*
>
> *Art. 69. Presumir-se-á a boa-fé dos possuidores e proprietários de armas de fogo que espontaneamente entregá-las na Polícia Federal ou nos postos de recolhimento credenciados, nos termos do art. 32 da Lei no 10.826, de 2003."*
>
> *Art. 70. A entrega da arma de fogo, acessório ou munição, de que tratam os arts. 31 e 32 da Lei no 10.826, de 2003, deverá ser feita na Polícia Federal ou nos órgãos e entidades credenciados pelo Ministério da Justiça.*
>
> *§ 1º Para o transporte da arma de fogo até o local de entrega, será exigida guia de trânsito, expedida pela Polícia Federal, ou órgão por ela credenciado, contendo as especificações mínimas estabelecidas pelo Ministério da Justiça."*

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL já teve oportunidade de se manifestar a respeito do tema, e, malgrado este julgador discorde de eventual tese de ocorrência da *abolitio criminis* decorrente da conversão de Medidas Provisórias em Lei para o crime em testilha, julgo por bem trazer à colação o seguinte *decisum*:

> *"A medida provisória n. 417/2008, convertida na Lei nº 11.706/2008, alterou, dentre outros, os artigos 30 e 32 da Lei nº 10.826/2003, descriminalizando a conduta típica de possuir irregularmente arma de fogo de uso permitido ao estender o prazo para a regularização ou entrega das armas e munições junto ao órgão competente até 31/12/2008. Posteriormente, a Lei nº 11.922/2009 alterou o art. 30 da Lei nº 10.826/2003 e estendeu o prazo até 31/12/2009. Nesse contexto, foi editado pela presidenta da república o Decreto nº 7.473, publicado em 06/05/2011, com a finalidade de estabelecer os procedimentos para entrega da arma de fogo, acessório ou munição, de que tratam os artigos 31 e 32 da Lei no 10.826, de 2003, na polícia federal ou nos órgãos e entidades credenciados pelo Ministério da Justiça.*
>
> *4.* ***Com respaldo no Decreto da presidência da república nº 7.473/2001, foi publicada a portaria nº 797 pelo Ministério da Justiça, que apenas estabeleceu regras procedimentais para extinção da punibilidade em relação ao agente que espontaneamente entregar a arma aos órgãos competentes, sem gerar, contudo, nova descriminalização temporária.***
>
> *5.* ***Nestes termos, a partir de 1º de janeiro de 2010, ao cidadão que possua arma sem registro, somente lhe resta a alternativa de devolução espontânea na campanha do desarmamento para que seja beneficiado pela extinção da punibilidade, nos termos da portaria nº 797/2011, pois caso o agente não restitua e seja surpreendido na posse dessa arma, responderá pelo crime previsto no artigo 12 do estatuto do desarmamento****."* [1]
>
> *(Destaques não originais).*

Assim, mantenho a condenação nos termos em que prolatada na instância singela.

Ante o exposto, **nego provimento** ao apelo manejado por Aparecido Tavares Cardoso, mantendo sua condenação nos termos do art. 12, da Lei n. 10.826/03.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Revisor).

Acompanho o Relator.

DECISÃO DO DIA 08/04/2013: CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL, APÓS O RELATOR E O REVISOR NEGAREM PROVIMENTO.

VOTO (EM 22.04.2013):

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal).

Relembrando, trata-se de Apelação Criminal interposta por Aparecido Tavares Cardoso contra sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, nos autos nº 0001442-05.2011.8.12.0002, que o condenou à pena de 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção e 16 (dezesseis) dias-multa pela prática do delito tipificado no art. 12 da Lei nº 10.826/2003, requerendo, em síntese, a absolvição pela atipicidade temporária da conduta.

1 Rec 2010.08.1.005532-3, Ac. 572.859, 2ª T. Crim., rel. Des. ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, DJ 20/03/2012, p. 258.

O e. relator, Des. Carlos Eduardo Contar, nega provimento ao apelo, no que foi acompanhado pelo e. revisor, Des. Manoel Mendes Carli.

Pedi vistas dos autos para examinar mais detidamente os pontos controvertidos e, após atenta análise das matérias postas em debate, vou divergir dos pares, não obstante os judiciosos argumentos esposados.

Isso porque, superando as fervorosas discussões sobre a ocorrência ou não da *abolitio criminis* temporária em razão da edição do Decreto nº. 7.473/2011, que atribuiu presunção de boa-fé aos possuidores de arma em situação ilegal, permitindo a respectiva entrega à autoridade competente, tenho que a hipótese é de absolvição pela inexistência de um dos elementos essenciais para se impor a sanção, a *culpabilidade*, vez que ocorre a figura do *erro de proibição*.

Compreendidos como requisitos da culpabilidade, a *imputabilidade*, o *potencial conhecimento da ilicitude* e a *exigibilidade de conduta diversa*, constata-se ser o caso de reconhecer a impossibilidade de punir por conta de fatores que afetam diretamente o *potencial conhecimento* do ilícito.

Como é cediço, o erro de proibição é aquele *"que recai sobre a ilicitude do fato (CP, art. 21), isto é, o agente supõe que sua conduta é permitida pelo Direito quando, na verdade, é proibida: 'aqui o autor sabe o que faz tipicamente, mas supõe de modo errôneo que isso era permitido"*" (GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição, 5 ed. São Paulo: RT, 2001, 140 p.).

A respeito do delito em tela, fica o cidadão sem saber se a conduta é ou não ilícita a começar pelos entendimentos divergentes a respeito da ocorrência de atipicidade temporária, o que suscita sérias dúvidas inclusive nos estudiosos da matéria, quanto mais no cidadão, alheio aos meandros da técnica jurídica, que ao longe toma conhecimento dos entendimentos conflitantes dos doutos.

Além disso, constata-se que o Estado, enquanto curador do bem jurídico objeto da tutela penal do crime sob análise, ocupando, destarte o papel de "vítima" no processo, indica reduzir a importância da conduta de manter a guarda de arma de fogo para fins de aplicação do Direito Penal, realizando campanhas em que a finalidade almejada pela norma (desarmamento) é atingida por meio de ações de âmbito administrativo (o que, diga-se de passagem, tem mostrado melhores resultados do que a criminalização).

A população tem informações de que é possível efetuar a entrega de armas de fogo à autoridade policial e ainda receber uma indenização em dinheiro, de acordo com as regras definidas pelo Ministério da Justiça, sem nenhuma consequência de índole penal, ficando evidente que o Governo incentiva o desarmamento voluntário, sem apenar, ou ao menos investigar, aquele que mantinha o artefato guardado.

No endereço eletrônico www.entreguesuaarma.gov.br é possível observar como se desenvolve a campanha estatal, voltada para despertar a consciência sobre o risco que o artefato bélico pode trazer e não na intimidação de se aplicar a força repressiva do Direito Penal.

Porém, assim como o Estado incentiva a diminuição dos índices de consumo de álcool, por estar o descontrole de seu uso relacionado a diversas mazelas sociais, e nem por isso o ato de ingerir bebidas alcoólicas por si só configura nenhum delito; tem o cidadão a impressão de que ter arma sem registro em casa não é bom, mas também não é crime, diante da tolerância demonstrada pelo agente repressor.

Então, não se pode negar que tais campanhas obstam que o cidadão comum tenha exata noção do conteúdo criminal da conduta de ter a posse de arma de fogo, sobremaneira por se tratar o termo "posse" de um critério técnico, muitas vezes confundido, inclusive no âmbito acadêmico e profissional, com o "porte" de arma, fazendo crer que a ilicitude somente está relacionada "a trazer a arma consigo", mas não em "tê-la guardada" sem pronta possibilidade de uso.

É cediço que, nos termos do art. 21 do CP, o conhecimento acerca da ilicitude da conduta, para fins de se configurar a culpabilidade, é somente *potencial*, para que não se impeça a aplicação da lei penal. Contudo, em se tratando de delito de perigo abstrato, que não exige a concreta ofensa ao bem jurídico protegido pelo Direito Penal, a verificação da exigência dessa noção perfunctória do caráter ilícito da conduta por parte do agente deve ser feita com mais cuidado pelo julgador, para não a tornar excessiva para o homem comum.

Em monografia dedicada ao tema do erro de proibição e sua relação com o bem jurídico penal, Ivan Martins Motta, afirma que hodiernamente há vários fatores que influenciam a ocorrência do erro de proibição, especialmente a excessiva tipificação de condutas. Confira-se:

> *"Ferrajoli salienta que, no momento presente, assiste-se a uma profunda e crescente crise do direito, que se manifesta inclusive nos países de democracia mais avançada. Dentre as diversas manifestações dessa crise do Estado social, que se manifesta pela inflação legislativa provocada pela pressão de interesses setoriais e corporativos, a perda de generalidade e abstração das leis, a crescente produção de leis-atos, o processo de descodificação e o desenvolvimento de uma legislação fragmentária, inclusive em matéria penal, habitualmente sob o signo da emergência e da exceção. Esse complexo panorama jurídico não pôde deixar de repercutir no processo de conscientização do injusto.*
>
> *Essa exacerbação legislativa em matéria penal foi bem destacada por Ulfrid Neumann, ao salientar que o atual cenário do Direito Penal é mundialmente caracterizado pela tendência à sua expansão, notadamente nos últimos anos com a assim denominada "guerra" contra o terrorismo internacional, acarretando, em consequência, criação de novos tipos penais, agravação das penas cominadas e a ampliação das atribuições de investigação dos órgãos da persecução penal. E o que é pior, essa expansão está estendendo também à criminalidade clássica, fazendo com que "o direito penal passa a ser percebido socialmente antes como grande garantidor da segurança dos cidadãos do que como ameaça aos seus direitos de liberdade". Vive-se um momento em que o Direito Penal está ameaçado de "perder as limitações que lhe impõe o Estado de direito. É que a compreensão do direito penal exclusivamente preventiva, instrumental, conduz à máxima de que tudo o que promete segurança está permitido".*
>
> *Dentro desse contexto, assinala-se que o moderno Direito Penal se caracteriza pela referência a bens jurídicos genéricos, vagos e universais, que não são perfeitamente delimitados, claramente visíveis a todos os cidadãos e fáceis de definir e compreender como acontecia até pouco tempo atrás, quando o injusto penal se concentrava em bens jurídicos circunscritos a setores básicos da sociedade. Acrescente-se que importantes tradições do Direito Penal são frequentemente abaladas pela ingerência crescente de funcionários administrativos que decidem onde estão os limites do injusto penal, como sucede, por exemplo, no Direito Penal do meio ambiente, sujeito a frequentes autorizações provenientes do poder executivo.*
>
> *Essas características do moderno Direito Penal contribuem, sem dúvIda, para uma progressiva ampliação do erro sobre a ilicitude do fato. Assim, dentro do quadro atual, a probabilidade de incidência do erro de proibição direto nas ações ou omissões que lesam ou expõem a perigo de lesão esses bens transindividuais, difusos ou coletivos, é significativamente maior, conforme se observa nos julgados infra." (Erro de proibição e bem jurídico-penal. São Paulo: RT, 2009, p. 157-158).*

Assim, observando se tratar de delito de perigo abstrato, cujo entendimento sobre o caráter ilícito, por conta da inexistência de concreta ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma, é de mais difícil alcance pelo cidadão comum, somando-se a isso a manifesta tolerância estatal em relação à conduta criminalizada,

o que justifica ainda mais a errônea compreensão deste acerca da ilicitude, absolvo o réu em decorrência do erro de proibição.

Diante do exposto, divirjo do i. Relator, Des. Carlos Eduardo Contar e, contra o parecer, dou provimento à Apelação Criminal interposta por APARECIDO TAVARES CARDOSO para absolvê-lo em razão da ocorrência de erro de proibição.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NÃO PROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 22 de abril de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0005587-87.2010.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES – AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA NA ARMA – IRRELEVÂNCIA – *QUANTUM* DAS CAUSAS DE AUMENTO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL – EXTENSÃO DOS EFEITOS DO RECURSO – POSSIBILIDADE – PARCIAL PROVIMENTO.

Para a configuração da majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é desnecessária a apreensão ou a perícia da arma quando outros elementos evidenciam a utilização da mesma na consumação do roubo.

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação idônea, devendo permanecer no mínimo legal quando a sentença aponta apenas o número de circunstâncias. Aplicação da Súmula n. 443, do STJ.

É possível a extensão dos efeitos do recurso ao corréu quando não pautado em condições pessoais, consoante disposto no art. 580, do Código de Processo Penal.

Apelação defensiva a que se dá parcial provimento, a fim de reduzir a pena imposta, estendendo-se os efeitos ao corréu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, prover em parte o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Campo Grande, 25 de março de 2013.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de recurso de APELAÇÃO interposto por VICTOR RODRIGO PONCE FRANCO contra a sentença (f. 114/132) que o condenou a 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 68 (sessenta e oito) dias-multa, pela prática do crime do art. 157, § 1º, I e II (roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma), do Código Penal.

Sustenta que a causa de aumento do emprego da arma deve ser afastada (f. 171/177).

Subsidiariamente, pugna pela redução do *quantum* de aumento referente às majorantes.

Finalmente, requer a extensão dos efeitos do recurso ao corréu EDGARDO MARCIAL LESCANO, nos termos do art. 580, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões pelo não provimento do apelo (f. 180/192).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (f. 197/201).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

Trata-se de recurso de APELAÇÃO interposto por Victor Rodrigo Ponce Franco contra a sentença (f. 114/132) que o condenou a 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 68 (sessenta e oito) dias-multa, pela prática do crime do art. 157, § 1º, I e II (roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma), do Código Penal.

Consta na denúncia que, ao 1º de agosto de 2010, por volta de 22h15min, na rua Rio Branco, Centro, em Ponta Porã, juntamente com Edgardo Marcial Lescano e outros 04 (quatro) indivíduos não identificados, mediante grave ameaça empreendida com o emprego de arma de fogo e violência, o acusado subtraiu 01 (uma) jaqueta; 01 (um) par de tênis; e, 01 (um) boné, avaliados em R$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais), tudo pertencente à vítima *Diovani Luiz Bello*.

Segundo o apurado, *Diovani* se dirigia para sua residência quando foi abordada pelos indivíduos, os quais exigiram que entregasse a carteira e o celular.

Diante da recusa do ofendido, os acusados derrubaram-no, subtraíram os objetos mencionados e passaram a agredi-lo, evadindo-se em seguida.

Processados e condenados, pugna Victor Rodrigo pelo afastamento da causa de aumento do emprego da arma sob o fundamento da mesma não ter sido apreendida e nem sequer periciada.

Embora a arma não tenha sido apreendida tal evento não elide a majorante, haja vista que a vítima foi taxativa ao afirmar a utilização do objeto durante o cometimento do crime (f. 92/93).

Ademais, os próprios acusados confessam a prática delitiva (f. 81/85 e 86/89), não restando dúvidas acerca da dinâmica dos fatos e da utilização da arma como instrumento de intimidação.

A ausência da apreensão não implica na desqualificação do delito imputado, pelo contrário, a coerência da narrativa da vítima só corrobora o uso da violência e ameaça.

Sobre o assunto discorre a doutrina:

> *"A materialidade do roubo independe da apreensão de qualquer instrumento, assim como a prova da autoria pode ser concretizada pela simples, mas verossímil palavra da vítima. Por isso, igualmente, para a configuração da causa de aumento (utilização de arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida."* [1]

A jurisprudência também é firme nesse sentido:

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado,* 7 ed., São Paulo: RT, 2007, p. 691.

> *"A apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no roubo são desnecessárias para configurar a causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa.*
>
> *A regra é que uma arma possua potencial lesivo; o contrário, a exceção. Se assim alega o acusado, é dele o ônus dessa prova (art. 156 do CPP). Se restou comprovada a utilização da arma de fogo, como no caso concreto, o ônus de demonstrar eventual ausência de potencial lesivo deve ficar a cargo da defesa, sendo inadmissível a transferência desse ônus à vítima ou à acusação, por uma questão de isonomia, porquanto inúmeros fatores podem tornar a prova impossível."* [2]
>
> *"A jurisprudência majoritária da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da prescindibilidade da apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo (art. 157, § 2º, I, do Código Penal), quando outros elementos comprovem sua utilização."* [3]

Em vista disso, deve ser mantida a majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

O acusado pleiteia também a diminuição do *quantum* de aumento referente às majorantes. Na terceira fase da aplicação da pena, a sentença empreendeu o aumento da pena em 2/5 (dois quintos), em razão da aplicação das causas de aumento do art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal.

Ressalta-se que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA sufraga que "*o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes*" (Súmula n. 443). Desta forma, o simples fato de haver 02 (duas) circunstâncias majorantes não acarreta o seu estabelecimento em patamar acima do mínimo legal.

Finalmente, a defesa requer a extensão dos efeitos do recurso ao corréu Edgardo, nos termos do art. 580, do Código de Processo Penal.

Tal pretensão deve ser acatada, vez que a redução do quantum referente às majorantes não está calcada em condições pessoais dos acusados, mas em circunstâncias objetivas da dosimetria da pena.

Assim sendo, impõe-se o estabelecimento da causa de aumento do art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal, em 1/3 (um terço), restando a pena definitiva dos acusados em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Victor Rodrigo Ponce Franco, para o fim de reduzir a pena, estendendo-se os efeitos para o corréu Edgardo Marcial Lescano.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Revisor).

De uma análise detalhada dos autos, acompanho integralmente o relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar, a fim de dar parcial provimento ao recurso de apelação, para reduzir o patamar de aumento (art. 157, § 2º, I e II, do CP), na terceira fase, ao seu mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço).

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal).

2 STJ, HC 87.476/SP, 5ª T., rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 04/09/2008.

3 STJ, HC 78.050/DF, 5ª T., rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 02/09/2008.

Relembrando, é apelação interposta por Victor Rodrigo Ponce Franco contra a sentença (f. 114-132) proferida pela Juíza de Direito da Vara Criminal da comarca de Ponta Porã, nos autos da ação penal n. 0005587-2010.8.12.0019, que o condenou a 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 68 dias-multa, pela prática do crime do art. 157, § 1º, I e II (roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma), do Código Penal.

Em suas razões, requer a exclusão da causa de aumento do emprego da arma e, subsidiariamente, a redução do *quantum* de aumento referente às majorantes.

Em seu voto, o e. Des. Carlos Eduardo Contar, Relator, deu parcial provimento ao recurso, a fim de reduzir o percentual de acréscimo a 1/3, estendendo os efeitos ao corréu Edgardo Marcial Lescano.

O e. Des. Manoel Mendes Carli, Revisor, acompanhou o voto exarado pelo Relator.

Muito embora o e. Relator tenha reduzido o percentual de acréscimo ao mínimo legal (1/3), a despeito de preservar as duas majorantes, reputo necessário divergir para afastar aquela prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, a fim de retificar os registros criminais.

Referida causa de aumento tem sua razão de ser no perigo real que representa uma arma verdadeira, municiada e apta a disparar (cf. Celso Delmanto *et al*. *In* Código Penal Comentado – Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 472). É exatamente a potencialidade lesiva que difere a arma de outro objeto qualquer.

Assim, considero que, sem apreensão e perícia demonstrando a potencialidade lesiva do artefato, é inviável a incidência de tal majorante.

Nesse sentido:

> *"Roubo majorado. Condenação: autorizada pelo relato seguro e convincente dos vitimados. Majorante do emprego de arma: exige perícia que demonstre o efetivo poder vulnerante do aparato. Restrição da liberdade: o subjugar das vítimas que é inerente ao roubo não configura a causa de aumento. Deram parcial provimento ao apelo. Unânime. (Apelação Crime N. 70049145063, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 04/07/2012).*
>
> *"**Roubo: Emprego de Arma de Fogo e Causa de Aumento -** A Turma deferiu, em parte, habeas corpus para afastar a qualificadora prevista no art. 157, § 2º, I, do CP. Tendo em conta que, no caso, a arma não fora apreendida e nem periciada, entendeu-se que não seria possível aferir seu potencial lesivo, o que não justificaria a incidência da majorante no crime de roubo a que condenado o paciente." (STF - HC 95142/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 18.11.2008 - Informativo n. 529).*

Remanesce, portanto, apenas a causa de aumento decorrente do concurso de pessoas, em razão da qual majoro a pena em 1/3, ou seja, o mínimo legal, estabelecendo-a definitivamente em 06 anos e 08 meses de reclusão, o mesmo patamar estabelecido pelo e. Relator.

Ante o exposto, divirjo do e. Relator para dar provimento ao recurso interposto por Victor Rodrigo Ponce Franco a fim de afastar a causa de aumento decorrente do emprego de arma de fogo, restando o réu condenado apenas pelo crime previsto no artigo 157, 1º, II (roubo majorado pelo concurso de agentes), em razão do qual a pena privativa de liberdade fica estabelecida em 06 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, estendendo-se os efeitos ao corréu Edgardo Marcial Lescano (art. 580, do Código de Processo Penal).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, PROVERAM EM PARTE O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 25 de março de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 1600111-84.2013.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – INDULTO – PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE – IRRELEVÂNCIA DA NATUREZA DA REPRIMENDA – PROVIMENTO.

O acusado que cumpre a reprimenda substitutiva de prestação de serviços à comunidade pode ser beneficiado com o indulto, vez que o Decreto n. 7.648/2011 não exige tempo mínimo de permanência em cárcere.

Agravo de Execução Penal defensivo a que se dá provimento para reconhecer a possibilidade de concessão de indulto aos apenados com pena substitutiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 8 de julho de 2013.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Douglas De Oliveira Porsel interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão que indeferiu pedido de indulto por ausência de cumprimento do lapso temporal exigido no decreto regulamentador da matéria.

Alega que *"a interpretação do inciso XII do Decreto 7.648/11 não exige que a fração da pena seja cumprida em pena privativa de liberdade"*.

Argumenta que o indulto pode ser concedido ao apenado com reprimenda substitutiva e convertida em privativa de liberdade e, portanto, evidente que não há exigência de que a fração de 1/4 (um quarto) de cumprimento da pena signifique permanência em cárcere.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 11/13).

Em juízo de retratação o magistrado singelo manteve a decisão invectivada (f. 14).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento (f. 31/33).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

Douglas de Oliveira Porsel interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão que indeferiu pedido de indulto por ausência de cumprimento do lapso temporal exigido no decreto regulamentador da matéria.

Alega o agravante que a interpretação do art. 1.º, XII, do Decreto n. 7.648/2011 (indulto de natal), não exige que o fração da pena seja cumprida em pena privativa de liberdade, sendo possível que o sentenciado que cumpria restritiva de liberdade, mas que teve sua pena convertida em privativa de liberdade, receba o indulto.

Extrai-se dos autos que o agravante foi condenado a 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto, a qual foi substituída por prestação de serviços à comunidade em um total de 730 h (setecentos e trinta horas).

Sustentando que não cometeu falta grave no decorrer do ano de 2011, bem como esclarecendo que cumpriu o lapso temporal necessário fazendo jus a concessão do indulto.

O pedido do agravante foi indeferido sob a alegação de que apenas fazem jus ao indulto os sentenciados que cumprirem 1/4 (um quarto) da reprimenda imposta em regime de privação de liberdade.

Ao estabelecer os beneficiários do indulto dispõe o Decreto n. 7.648/2011:

> *"Art. 1º - É concedido indulto às pessoas, nacionais e estrangeiras:*
>
> *[...]*
>
> *XII - condenadas a pena privativa de liberdade, desde que substituída por pena restritiva de direito, na forma do art. 44 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, ainda que por conversão, privadas de liberdade, até 25 de dezembro de 2011, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes"*

Ao contrário do posicionamento adotado pela instância singela a redação legal é expressa em autorizar a concessão de indulto aos acusados beneficiados com a substituição da pena privativa de liberdade, não ressalvando que parte da condenação deva ser cumprida em privação de liberdade.

Assim, diante da clareza e precisão contida no mencionado dispositivo legal não há margem para interpretação restritiva do julgador.

Logo, cumpre ao magistrado apenas averiguar a presença dos requisitos objetivo e subjetivo pouco importando a natureza da reprimenda em cumprimento.

Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado:

> *"AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – DECRETO Nº 7.648/2011 – PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – INDULTO –POSSIBILIDADE – PRISÃO – DESNECESSIDADE.*
>
> *O Decreto n. 7.468/2011, ao tratar da concessão do indulto aos condenados à pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos (art. 1º, XII), não exige que parte do cumprimento da sanção tenha ocorrido no cárcere. Precedentes"* [1]

1 TRF 4, AgEx 7110/RS, 8ª T., rel. Des. PAULO AFONSO BRUM VAZ, j. 24/04/2013, DJ 06/05/2013.

Destarte, determino que a magistrada singela analise o pedido do sentenciado, cabendo-lhe apenas averiguar a presença do requisito temporal e comportamental exigido.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de execução penal interposto por Douglas de Oliveira Porsel.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 08 de julho de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0100715-88.2011.8.12.0023 - Angélica
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – CRIME DE DANO QUALIFICADO – PATRIMÔNIO PÚBLICO – AGENTE QUE DANIFICOU DELEGACIA DE POLÍCIA – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – PENA-BASE REDUZIDA PARA O MINIMO LEGAL – SÚMULA Nº 444 DO STJ – ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL – COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA – REGIME ALTERADO PARA O SEMIABERTO – DELITO PUNIDO COM DETENÇÃO E APELANTE REINCIDENTE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS NÃO RECOMENDÁVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Para que seja aplicável o princípio da insignificância, além de o valor do dano, há de se relevar a repercussão do fato no meio social, as condições pessoais do agente e as consequências geradas pela conduta criminosa. Não é insignificante a conduta de agente que, ao ser levado até uma delegacia de polícia porque estava causando desordem em um bar, danifica o patrimônio público, ademais, o réu cumpria pena em regime semiaberto domiciliar.

De acordo com a Súmula nº 444 do STJ *é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*. Assim, havendo apenas uma condenação anterior com trânsito em julgado em desfavor do apelante, a qual foi utilizada para gerar reincidência, há de se expurgar a negatividade das circunstâncias judiciais referente aos maus antecedentes, conduta social e personalidade voltada à prática delitiva. O fato de não haver justificativa para a prática do delito e da ocorrência de prejuízo ao erário, são questões que dizem respeito ao próprio tipo penal, incapazes, portanto, de fundamentar aumento da pena-base.

Acompanho o entendimento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n 1.154.752/RS, que fixou entendimento de que a agravante de reincidência deve ser compensada com a atenuante de confissão espontânea, por considerar que são igualmente preponderantes. Logo, com base unicamente na segurança jurídica que visa preservar a estabilidade das decisões judiciais, decido por acolher o entendimento do STJ e passo a entender pela possibilidade de compensação entre a agravante de reincidência e a atenuante de confissão espontânea.

Regime inicial de cumprimento da pena alterado para o semiaberto, vez que, além de ser o mais recomendável para o caso – em razão do *quantum* da pena e a reincidência do réu - a pena cominada ao tipo penal (art. 163, III, do Código Penal) é a de detenção, sendo inviável, portanto, o regime fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, prover parcialmente o recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 1 de julho de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

A Defensoria Pública Estadual interpôs recurso de apelação criminal contra a sentença que condenou Silas de Oliveira Aquino pelo crime previsto no art. 163, III, do Código Penal à pena de 08 meses de reclusão, em regime fechado, e 15 dias-multa.

Aduz, em síntese, que a absolvição é medida que se impõe, devendo se aplicar ao caso em tela o princípio da insignificância, consistindo a *res* deteriorada em alguns objetos e paredes existentes na cela da cadeia pública de angélica/MS, os quais foram reparados por outro detento.

Afirma que o prejuízo foi tão inexpressivo que sequer houve avaliação e que a existência de antecedentes não impede o reconhecimento do princípio da insignificância, o qual depende apena de elementos objetivos.

Alega que o aumento da pena-base em 3 meses é desarrazoado diante do fato das circunstâncias judiciais serem na maioria favoráveis ao apelante, devendo ficar a r3primenda, nessa fase, no mínimo legal.

Alega que a atenuante prevista no art. 65, III, *d,* do CP deve ser compensada com a reincidência e o art. 163 do CP admite prevê que a pena seja de detenção, portanto, somente amissível a fixação de regime aberto ou semiaberto, devendo se proceder com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Prequestiona, ao final, os artigos 33 e 59 do CP.

As fls. 157-167 foram apresentadas contrarrazões pugnando pelo parcial provimento do recurso, a fim de que o regime inicial para cumprimento da pena seja o semiaberto.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso no intuito de que seja alterado o regime inicial do fechado para o semiaberto, mantendo-se no demais a sentença objurgada.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Consoante relatado, a Defensoria Pública Estadual interpôs recurso de apelação criminal contra a sentença que condenou Silas de Oliveira Aquino pelo crime previsto no art. 163, III, do Código Penal à pena de 08 meses de reclusão, em regime fechado, e 15 dias-multa.

Princípio da insignificância.

Para que seja aplicável o princípio da insignificância além de o valor do dano, há de se relevar a repercussão do fato no meio social, as condições pessoais do agente e as consequências geradas pela conduta criminosa.

In casu, consta que o apelante praticou o crime de dano qualificado, denunciado nas penas do art. 163, III, vez que ao chegar a Delegacia, começado a danificar os bens lá presentes – beliches, colchões e outros pequenos pertences.

No caso, os objetos danificados se tratam de bens públicos, que possuem valia para toda a sociedade e principalmente para os detentos. Inadmissível afirmar que a conduta narrada nos autos, não possui relevância penal, pois piora as condições já precárias dos estabelecimentos criminais deste País, não possui relevância penal.

Ademais, tanto é reprovável a ação de danificar bens públicos, que o legislador criou o tipo qualificado do dano (art. 163, § único, inciso III, do Código Penal), multiplicando em seis o patamar mínimo e máximo de pena.

A respeito colho os ensinamentos de Cleber Masson:

> *"A razão da existência desta qualificadora é o elevado interesse coletivo na preservação da coisa pública e do patrimônio de entidades vinculadas ao Poder Público. A própria natureza de tais bens, pertencentes a todas as pessoas, faz com que sejam sujeitos à utilização livre e genérica por qualquer indivíduo, de modo a torná-los mais vulneráveis à atuação predatória de vândalos e baderneiros em geral.*
>
> *As lamentáveis e rotineiras depredações de telefones públicos ('orelhões') e de meios de transporte coletivo (ônibus, trens, metrôs etc.) são exemplos que justificam a necessidade de tratamento penal mais severo em crimes de dano desta natureza, alicerçado nos princípios da indisponibilidade dos bens públicos e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado."*[1]

Guilherme de Souza Nucci afirma:

> *"Patrimônio público: quem danifica bem público deve responder mais gravemente, pois o prejuízo é coletivo, e não individual. Logo, mais pessoas são atingidas pela conduta criminosa. Na lição de Magalhães Noronha, 'à expressão patrimônio, usada no dispositivo, não se pode dar o sentido restrito do inciso III do art. 66 do Código civil (atual art. 99). Se assim fosse, excluir-se-iam do gravame bens, como as ruas, praças e edifícios, que são de uso comum do povo e de uso especial, para os quais, entretanto, milita a mesma razão maior de tutela. O vocábulo patrimônio tem, portanto, acepção ampla, abrangendo não só os dominiais como os de uso comum do povo e os de uso especial (CC, art. 66, I e II) (atual art. 99, I e II)' " (Direito Penal, v. 2, p. 320).*

Em caso análogo, o Superior Tribunal de Justiça já afastou a aplicação do princípio da insignificância:

> *"PROCESSUAL PENAL. CRIME MATERIAL. VESTÍGIOS. DESAPARECIMENTO. PERÍCIA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA TESTEMUNHAL. SUPRIMENTO. DIREITO PENAL. DANO. PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO.*
>
> *1. Firmado pelo Tribunal de origem, em sede de apelação, que não foi possível realizar a perícia, porque desaparecidos os vestígios do crime de dano, não há como, em habeas corpus, onde não há espaço para dilação probatória, concluir de modo contrário.*
>
> *2. Julgamento na origem em consonância com o entendimento desta Corte sobre o tema.*

1 MASSON, Cleber Rogério; Direito penal esquematizado : parte especial; 3ª Edição, Editora Método, 2011. Vol. 2, pág. 481.

> *3. Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.*
>
> *(...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004)*
>
> *4.* ***Não é insignificante a conduta do paciente que, preso em cadeia pública, destruiu uma torneira em sua cela, visando deixar os demais detentos sem água, tumultuando o ambiente carcerário.***
>
> *5. Em tais circunstâncias, não há como reconhecer o caráter insignificante do comportamento imputado, ainda que o objeto material do crime seja de ínfimo valor, havendo afetação do bem jurídico pelo modo como perpetrado o delito e pela qualidade da vítima (Município).*
>
> *6. Ordem denegada."*
>
> *(HC 148.599/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 15/02/2012).*

Assim, não há o que se falar em bagatela no presente caso.

Da pena-base.

Transcrevo trecho da dosimetria da pena:

> *" (...) A culpabilidade do réu foi normal e compatível com o delito ora em julgamento. O réu apresenta maus antecedentes (f. 114-122). Em relação a sua conduta social e personalidade, tem-se que é voltado para a prática de ílicitos. O motivo é próprio do crime, porém injustificável. As conseqüências foram relativamente graves eis causou prejuízo ao erário público. As circunstâncias são comuns. Por fim, o comportamento da vítima não contribuiu para a prática do delito. Sopesadas as circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 8 (oito) meses de reclusão e 15 (quinze) dias multa. (...)"* (*sic*. fl. 127).

Foram consideradas desfavoráveis ao apelante às circunstâncias judiciais referentes aos maus antecedentes, conduta social, personalidade, motivo e consequências.

Pois bem. Das folhas de antecedentes do apelante (fl. 119-122) somente se constata uma condenação com trânsito em julgado, a qual foi utilizada para gerar reincidência. Na primeira ocorrência o apelante foi inocentado, na segunda foi extinta a punibilidade pela prescrição. As de número três, quatro, seis, sete e oito dizem respeito à instauração de inquéritos policiais; a quinta ocorrência é a única que trata de condenação com trânsito em julgado. Desse modo, tenho que não há falar em maus antecedentes, conduta social ou personalidade voltada a prática delitiva.

De acordo com a Súmula n. 444 do STJ, *é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*.

Em relação aos motivos e consequências do delito, o fato de que a prática do crime é injustificável e de que houve prejuízo ao erário, são questões que dizem respeito ao próprio tipo penal. Ora, se o dano fosse justificável ou não houvesse prejuízo, não haveria falar na prática delitiva – dano qualificado.

Logo, a pena-base deve ser reduzida para o mínimo legal (seis meses de detenção e dez dias-multa), por não ter sido apontado qualquer elemento concreto a justificar seu aumento.

Da compensação entre a confissão espontânea e a reincidência.

Acompanho entendimento esposado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n 1.154.752/RS, de que a agravante de reincidência deve ser compensada com a atenuante de confissão espontânea, por considerar que são igualmente preponderantes.

Com base unicamente na segurança jurídica que visa preservar a estabilidade das decisões judiciais, decido por acolher o entendimento do STJ. Vejamos:

> *"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.*
>
> *Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de infringência. Precedentes.*
>
> *É possível, na segunda fase de cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.*
>
> *Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local." (EREsp-1.154.752/RE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, julgado em 23/5/12).*

Assim, há de se dar a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante de reincidência, mantendo-se, na segunda fase da dosimetria, a pena em seis meses de detenção e dez dias-multa.

Do regime inicial e da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Diante do *quantum* da pena e da reincidência do réu o regime semiaberto é o mais adequado para cumprimento da reprimenda. E, ademais, a pena cominada ao tipo penal em questão é a de detenção, sendo inviável, portanto, o regime fechado.

Prescreve o art. 33 do CP:

> *"Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.*
>
> *(...)*
>
> *c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto."*

Sobre o regime prisional para o acusado reincidente, leciona Nucci:

> *"(...)* ***Atualmente, está em vigor a Súmula 269 do Superior Tribunal do Justiça: 'É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'. Essa posição harmoniza-se com o entendimento de que penas curtas, quando cumpridas em regime fechado, somente deterioram ainda mais o caráter e a personalidade do sentenciado, produzindo mais efeitos negativos do que positivos"****.* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 340) (g.n).

Finalmente, a defesa requereu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

A substituição da pena para reincidentes é admitida quando não se tratar de reincidência específica e for socialmente recomendável (art. 44, § 3º, CP).

Contudo, da análise do caso, observa-se que a pretendida substituição não se mostra recomendável, uma vez que o apelante cometeu o delito ao tempo em que cumpria pena em regime semiaberto domiciliar, tendo causado os danos em uma delegacia de polícia, a qual foi conduzido por estar, supostamente, causando desordem em um bar, em visível estado de embriaguez.

Registre-se que não há falar em reclusão, pois a previsão legal para o delito em análise é de detenção.

Posto isso, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, a fim de reduzir a pena-base para o mínimo legal, compensar a agravante de reincidência com a atenuante de confissão espontânea e alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto. A pena em definitivo fica em seis meses de **detenção** em regime semiaberto e dez dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM PARTE COM O PARECER, PROVERAM PARCIALMENTE O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 01 de julho de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4008713-32.2013.8.12.0000 - Bela Vista
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PRISÃO EM FLAGRANTE – ARTIGO 121 DO CÓDIGO PENAL – PACIENTE IDOSO – PORTADOR DO VÍRUS HIV – QUESTÃO HUMANITÁRIA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL – ORDEM CONCEDIDA.

1. A possibilidade de responder à ação penal em liberdade se revela a medida mais adequada ao caso concreto, sendo o paciente enfermo e de idade avançada e que necessita de cuidados especiais.

2. Trata-se de questão humanitária em resguardo da saúde do paciente, logo, não se descura da gravidade do crime, todavia, mais razoável conceder ao paciente a ordem para responder ao processo em liberdade.

3 .A medida se justifica pela necessidade de tratamento contínuo do paciente.

4. Condições pessoais favoráveis.

CONTRA O PARECER. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, conceder a ordem nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 23 de setembro de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado por Ivan Afonso da Costa Marques em favor do paciente Geremias Pires de Albuquerque, acusado supostamente pelo crime previsto no art. 121 do CP. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1.ª Vara da Comarca de Bela Vista - MS.

Alega em resumo que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista que a decisão que decretou a prisão preventiva, bem como a decisão que negou o pedido de revogação, não estão fundamentadas em provas ou fatos concretos, apenas no dado abstrato de que o acusado foi apontado como principal suspeito.

Alega ainda, que o paciente é idoso, tendo 73 (setenta e três) anos de idade e é portador do vírus HIV positivo. Possui residência fixa, primário, bons antecedentes e pecuarista.

A liminar foi concedida por decisão de fl. 30.

Informações da autoridade coatora as fls. 67-68.

Parecer da Procuradoria de Justiça as fls. 70-75.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado por Ivan Afonso da Costa Marques em favor do paciente Geremias Pires de Albuquerque, acusado supostamente pelo crime previsto no art. 121 do CP. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Bela Vista - MS.

Entendo que os fundamentos para a concessão da liminar persistem e, portanto, a ordem deve ser ratificada.

Em que pese a gravidade concreta do delito, pois o paciente é acusado em tese pela prática do crime previsto no artigo 121 §2.º, II do Código Penal, o que considero no presente caso é a condição singular do paciente, que, conforme atestado as fls.13, é portador do vírus HIV e necessita de cuidados especiais.

Trata-se de questão humanitária em resguardo da saúde do paciente, logo, não se descura da gravidade do crime, todavia, mais razoável conceder ao paciente a ordem.

Neste sentido o julgado deste Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO -* ***PACIENTE QUE NECESSITA DE ESPECIAIS CUIDADOS MÉDICOS*** *- ESTABELECIMENTO PRISIONAL QUE DECLARA NÃO TER CONDIÇÕES DE TRATAR DA PACIENTE - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE ACONSELHA O DEFERIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA -* ***ORDEM CONCEDIDA. Demonstrado que a paciente é portadora de esclerose múltipla, já com paralisia de seus membros inferiores, necessitando de especial cuidado médico especializado e de ajuda de outras pessoas para poder fazer a sua higiene pessoal,*** *cuidado que o estabelecimento prisional onde se encontra declara não poder fornecer a ela,* ***deve-se conceder a ordem de habeas corpus com o fim de garantir à paciente o direito de responder o processo em liberdade."*** (TJMS - 0006710-22.2006.8.12.0000 - Habeas Corpus - Rel.ª: Desª. Marilza Lúcia Fortes - 2ª Câmara Criminal - J.24/05/2006).

Além disso, o paciente é pecuarista, conforme comprovado as fls. 21 e comprovou domicílio as fls. 22-23, logo, possui condições pessoais favoráveis.

Assim, avaliadas as particularidades expostas no presente caso, com atenção, considero que a solução mais adequada seja autorizar ao paciente a permanecer em liberdade.

Ante o exposto, contra o parecer, ratifico a concessão da ordem, confirmando a liminar concedida, para que aguarde em liberdade, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos processuais, sob risco de revogação do benefício.

Comunique-se com urgência ao juiz da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, concederam a ordem nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 23 de setembro de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4009003-47.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIME AMBIENTAL – PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INÉPCIA DA DENÚNCIA – MEDIDA EXCEPCIONAL – ATIPICIDADE DA CONDUTA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – VERIFICADO – ORDEM CONCEDIDA.

O trancamento de ação penal, através da estreita e exígua via do *habeas corpus*, configura medida de exceção, somente cabível nas hipóteses em que se demonstrar, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis de plano, suficientes ao prematuro encerramento da persecução penal.

A conduta pela qual as pacientes foram incriminadas é atípica, uma vez que se amolda à prática prevista no art. 49, incisos I e V, da Lei n. 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, cujas sanções, previstas no seu art. 50, são de natureza exclusivamente administrativa, sem referência à cumulação com sanções penais. Outrossim, a Resolução n. 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, bem como a Resolução n. 8, de 06/07/2009 da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia SEMAC/MS, não prevêem a captação de água superficial ou subterrânea como atividade potencialmente poluidora, não podendo a simples falta de autorização, que é de natureza administrativa, servir de fundamento para a persecução penal. Da mesma forma, o verbo do tipo descrito no art. 60 da Lei n. 9.605/98 são: "construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar" estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, aí não incluída a atividade de captação de água de cursos hídricos naturais (rios, lagoas, riachos, córregos, lençóis freáticos etc.).

Com relação ao disposto no art. 68 da Lei n. 9.605/98, imperioso salientar que, nos termos do § 2º do art. 1.º da já mencionada Resolução n. 8, de 06/07/2009 da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia SEMAC/MS, que disciplina o licenciamento ambiental de poços tubulares para captação de água no Estado, há a dispensa de autorização para instalação de poços inferiores a 50 (cinquenta) metros e diâmetro inferior a 4,5 polegadas.

Por fim, ao que tudo indica a água retirada diretamente do subsolo era utilizada somente para manutenção do estabelecimento, e não se destinava à ingestão humana, já que o hotel tem contrato com a concessionária pública para o fornecimento de água e tratamento de esgoto. Ainda que destinada ao consumo humano (do que não há sequer indícios), nada demonstra que houvesse suspeitas mínimas sobre qualquer tipo de contaminação capaz de provocar danos à saúde humana, o que seria imprescindível para a caracterização da conduta criminosa descrita no art. 66 do Código de Defesa do Consumidor.

O processo penal instaurado tem natureza expressiva da conduta ilícita e não preventiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 23 de setembro de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado pelos advogados Evandro Ferreira de Viana Bandeira e Gerson Koshiikene Damasceno em favor dos pacientes Pousada Mato Grosso - ME e Nancy Girão de Arruda. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Aduz que são acusadas da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 60 e 68, caput, todos da Lei n. 9.605/98, bem como art.66 caput da Lei n. 8.078/90 do Código de Defesa do Consumidor.

Requer o trancamento da ação penal, sob a alegação de inépcia da denúncia, pois a exordial acusatória não descreve qual a participação da paciente nas supostas condutas ilícitas.

O pedido de liminar foi indeferido - fls.281.

A autoridade apresentou informações às fls. 285-286.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem fls. 287-293.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Conforme relatado, trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado pelos advogados Evandro Ferreira de Viana Bandeira e Gerson Koshiikene Damasceno em favor dos pacientes Pousada Mato Grosso - Me e Nancy Girão de Arruda, em seu próprio favor. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Aduz que são acusadas da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 60 e 68, caput, todos da Lei nº 9.605/98, bem como art.66 *caput* da Lei n. 8.078/90 do Código de Defesa do Consumidor.

Requer o trancamento da ação penal, sob a alegação de inépcia da denúncia, pois a exordial acusatória não descreve qual a participação da paciente nas supostas condutas ilícitas.

Da alegação de inépcia da denúncia.

O impetrante afirma que a denúncia é inepta, argumentando que:

> *"(...) A paciente foi denunciada, pelo que se extrai da peça acusatória e dos documentos que a instruem, apenas e tão somente por ser sócia da pessoa jurídica Pousada Mato Grosso - Me. Da leitura acurada da denúncia e da análise dos documentos que a instruem, não se extrai a descrição da suposta conduta delituosa que teria sido praticada pela paciente, não restando demonstrado, consequentemente, ainda que de modo superficial, o nexo de causalidade entre a conduta dela (já que descrita pelo Parquet) e o resultado tipificado como crime."*

A ordem deve ser concedida.

Primeiramente, ressalto que os Tribunais Superiores têm reiteradamente decidido que o trancamento de ação penal pela via de habeas corpus é medida excepcional, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório de que há imputação de fato penalmente atípico, de que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo de autoria do delito ou, ainda, quando evidente a extinção da punibilidade.

Paulo Rangel, em sua obra, afirma:

> *"(...) há hipóteses em que a concessão do habeas corpus é incompatível com o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal. São os casos de concessão da ordem por manifesta atipicidade do fato ou extinção da punibilidade"* (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 9. ed. 2005:Editora Lumen Juris).

Reproduzo, ainda, a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

> *"(...) somente se justifica a concessão do habeas corpus por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. É possível, entretanto, verificar perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da fumaça do bom direito, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, sem o qual há fala de justa causa para ação penal"* (Processo Penal Interpretado, Atlas, 2002, p. 1.698).

> *O Código das Águas em seu artigo 96, caput, dispõe:*
>
> *"O dono de qualquer terreno poderá apropriar-se por meio de poços, galerias, etc., das águas que existam debaixo da superfície de seu prédio contanto que não prejudique aproveitamentos existentes nem derive ou desvie de seu curso natural águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares."*

Compulsando-se os autos, em que pese a denúncia não ser considerada inépta, vislumbro que a conduta atribuída as pacientes na peça acusatória deve ser considerada atípica, conforme justificado:

Segundo as lições de Vladmir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, *"Poluição hídrica é todo ato ou fato pelo qual se lance na água qualquer produto que provoque a alteração de suas características ou a torne imprópria para uso. A água é considerada poluída quando a sua composição está alterada, de forma que se torna inadequado para alguma pessoa ou para todas o seu uso no estado natural. São as alterações de suas propriedades físicas, químicas ou biológicas que a tornam nociva para a saúde e o bem-estar da população, ou imprópria para uso, tanto para fins domésticos, agrícolas, industriais e recreativos, como para a fauna e flora."*[1].

1 VLADMIR Passos de Freitas, Gilberto Passos de Freitas. Crimes contra a natureza: 9. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 24.

Já para Frederico Amado, *"Causar poluição, juridicamente falando, nos moldes do artigo 3.º, III, da Lei 6.938/1981, é ocasionar a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos."*[2].

As pacientes foram denunciadas pelos crimes descritos nos arts. 60 e 68, *caput*, todos da Lei n. 9.605/98, bem como art. 66, *caput,* da Lei n. 8.078/90 do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, as condutas pelas quais as pacientes foram incriminadas são atípicas, uma vez que se amoldam à prática prevista no art. 49, incisos I e V, da Lei n. 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, cujas sanções, previstas no seu art. 50, são de natureza exclusivamente administrativa, sem referência à cumulação com sanções penais, *in verbis*:

> *"Art. 49. Constitui infração das normas de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos:*
>
> ***I - derivar ou utilizar recursos hídricos para qualquer finalidade, sem a respectiva outorga de direito de uso;***
>
> *II - iniciar a implantação ou implantar empreendimento relacionado com a derivação ou a utilização de recursos hídricos, superficiais ou subterrâneos, que implique alterações no regime, quantidade ou qualidade dos mesmos, sem autorização dos órgãos ou entidades competentes;*
>
> *III - (VETADO).*
>
> *IV - utilizar-se dos recursos hídricos ou executar obras ou serviços relacionados com os mesmos em desacordo com as condições estabelecidas na outorga;*
>
> ***V - perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização;***
>
> *VI - fraudar as medições dos volumes de água utilizados ou declarar valores diferentes dos medidos;*
>
> *VII - infringir normas estabelecidas no regulamento desta Lei e nos regulamentos administrativos, compreendendo instruções e procedimentos fixados pelos órgãos ou entidades competentes;*
>
> *VIII - obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades competentes no exercício de suas funções.*
>
> *Art. 50. Por infração de qualquer disposição legal ou regulamentar referentes à execução de obras e serviços hidráulicos, derivação ou utilização de recursos hídricos de domínio ou administração da União, ou pelo não atendimento das solicitações feitas, o infrator, a critério da autoridade competente, ficará sujeito às seguintes penalidades, independentemente de sua ordem de enumeração:*
>
> *I - advertência por escrito, na qual serão estabelecidos prazos para correção das irregularidades;*
>
> *II - multa, simples ou diária, proporcional à gravidade da infração, de R$ 100,00 (cem reais) a R$ 10.000,00 (dez mil reais);*

2 AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. Direito Ambiental Esquematizado: 4.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo: MÉTODO, 2013, pág. 637.

III - embargo provisório, por prazo determinado, para execução de serviços e obras necessárias ao efetivo cumprimento das condições de outorga ou para o cumprimento de normas referentes ao uso, controle, conservação e proteção dos recursos hídricos;

IV - embargo definitivo, com revogação da outorga, se for o caso, para repor incontinenti, no seu antigo estado, os recursos hídricos, leitos e margens, nos termos dos arts. 58 e 59 do Código de Águas ou tamponar os poços de extração de água subterrânea.

§ 1º Sempre que da infração cometida resultar prejuízo a serviço público de abastecimento de água, riscos à saúde ou à vida, perecimento de bens ou animais, ou prejuízos de qualquer natureza a terceiros, a multa a ser aplicada nunca será inferior à metade do valor máximo cominado em abstrato.

§ 2º No caso dos incisos III e IV, independentemente da pena de multa, serão cobradas do infrator as despesas em que incorrer a Administração para tornar efetivas as medidas previstas nos citados incisos, na forma dos arts. 36, 53, 56 e 58 do Código de Águas, sem prejuízo de responder pela indenização dos danos a que der causa.

§ 3º Da aplicação das sanções previstas neste título caberá recurso à autoridade administrativa competente, nos termos do regulamento.

§ 4º Em caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro."

Outrossim, a Resolução n. 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, bem como a Resolução n. 8, de 06/07/2009 da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia SEMAC/MS , não prevêem a captação de água superficial ou subterrânea como atividade potencialmente poluidora, não podendo a simples falta de autorização, o que não se configura no presente caso, uma vez que foram juntados aos autos documento comprobatório de que já existe em trâmite formulário técnico protocolado para registro do poço artesiano (fls. 44), portanto de natureza administrativa, não podendo servir de fundamento para a persecução penal.

Da mesma forma, o verbo do tipo descrito no art. 60 da Lei n. 9.605/98 são: *"construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar"* estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, aí não incluída a atividade de captação de água de cursos hídricos naturais (rios, lagoas, riachos, córregos, lençóis freáticos etc.).

Assim, *"para a caracterização do delito previsto no art. 60 da Lei n. 9.605/1998, a poluição gerada deve ter a capacidade de, ao menos, poder causar danos à saúde humana"* (STJ, *H.C.* n. 147.541, de 16/12/2010).

Ademais, a expressão *"sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes"* constitui elemento normativo do tipo, ou seja, se existentes, a conduta do agente será atípica.

Conforme constatado nos autos (fls. 35-46), as pacientes possuem todos os documentos necessários para o seu funcionamento, dentro das normas e condições estabelecidos.

Destarte, não estando a atividade de captação de água superficial prevista como crime na Lei n. 9.605/98 ou no rol de atividades ou empreendimentos potencialmente poluidores sujeitos a licenciamento ambiental (Resolução 237/97 do CONAMA), atípica é a conduta narrada na exordial.

Assim, ante a evidente atipicidade da conduta, já que a matéria é regulada exclusivamente por legislação de âmbito civil e administrativo, impositivo é o trancamento da ação penal.

Nesse sentido já julgou o STJ:

> *"CRIMINAL. HC. CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO SONORA.* ***TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA.*** *INEXISTÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DO PACIENTE COM O FATO DELITUOSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.* ***ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE PERIGO OU DANO À SAÚDE HUMANA.*** *PLEITO ALTERNATIVO DE ADEQUAÇÃO DA CONDUTA AO TIPO CULPOSO. CONSEQÜENTE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARGUMENTOS PREJUDICADOS.* ***ORDEM CONCEDIDA.***
>
> *Hipótese na qual o paciente, processado pela suposta prática de crime contra o meio ambiente, alega inépcia da denúncia, por não ter sido individualizada sua conduta, e falta de justa causa para a ação penal, em virtude da não caracterização do perigo ou dano à saúde humana, requerendo o trancamento do feito ou, alternativamente, a adequação de sua conduta ao tipo culposo, com a conseqüente extinção de sua punibilidade. A jurisprudência desta Corte – no sentido de que, nos crimes societários, em que a autoria nem sempre se mostra claramente comprovada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, não se exigindo a descrição pormenorizada da conduta de cada agente –, não denota que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada.*
>
> *Entendimento que deve ser estendido ao presente caso, no qual a denúncia não descreveu qualquer fato apto a demonstrar a ligação do acusado com o fato da música produzida na empresa de sua propriedade estar fora dos limites legalmente estabelecidos, podendo ocasionar danos à saúde humana.*
>
> *O simples fato de o réu ser sócio-proprietário da empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a condição de dirigente da empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva.*
>
> *A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia.*
>
> *Precedentes.Deve ser declarada a nulidade da denúncia oferecida contra o paciente, por ser inepta, determinando-se o trancamento da ação penal, restando prejudicados os demais argumentos expostos pela impetração.*
>
> *Ordem concedida, nos termos do voto do Relator, restando prejudicados os demais argumentos expostos na inicial." (HC 48276 / MT - HC 2005/0159228-6 - STJ - Relator Ministro GILSON DIPP - Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA – Julgamento 04/05/06).*

Com relação ao disposto no art. 68 da Lei n. 9.605/98, imperioso salientar que, nos termos do § 2.º do art. 1.º da já mencionada Resolução n. 8, de 06/07/2009 da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia SEMAC/MS, que disciplina o licenciamento ambiental de poços tubulares para captação de água no Estado, há a dispensa de autorização para instalação de poços inferiores a 50 (cinquenta) metros e diâmetro inferior a 4,5 polegadas de diâmetro. Vejamos:

> *"Art. 1° - A instalação de poços tubulares profundos, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, será ambientalmente autorizada de acordo com as disposições desta Resolução.*

(...)

§ 2º Ficam dispensadas da obtenção da autorização de que trata o caput deste artigo as seguintes formas de captação de água subterrânea:

I. perfuração e operação de poços de grandes diâmetros, escavados manualmente, dotados ou não de revestimento com tijolos ou anéis de concreto; e

II. perfuração e operação de poço tubular com profundidade inferior a 50 metros e diâmetro inferior a quatro polegadas e meia (4,5pol). (art. com redação dada pela Resolução SEMAC n. 06 de 10 de julho de 2012) (...).”

Por fim, ao que tudo indica, o poço está dentro das medidas estabelecidas e a água retirada diretamente do subsolo era utilizada somente para manutenção do estabelecimento, e não se destinava à ingestão humana, já que o hotel tem contrato com a concessionária pública para o fornecimento de água e tratamento de esgoto. Ainda que destinada ao consumo humano (do que não há sequer indícios), nada demonstra que houvesse suspeitas mínimas sobre qualquer tipo de contaminação capaz de provocar danos à saúde humana, o que seria imprescindível para a caracterização da conduta criminosa descrita no art. 66 do Código de Defesa do Consumidor.

Ante o exposto, contra o parecer, concedo a ordem de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal, ante a atipicidade das condutas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 23 de setembro de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001836-85.2011.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL LEVE – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – *SURSIS* – ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES – SUBSTITUIÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – DESCABIMENTO – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – RECURSO IMPROVIDO.

I – As condições do *sursis* são aquelas previamente estabelecidas pelo art. 78 do Código Penal, inexistindo previsão legal para que seja fixada *ab initio* a prestação pecuniária.

II – Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, improver o apelo nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de julho de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

J. C. de O. interpõe a presente apelação criminal em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara de Fátima do Sul, que o condenou como incurso no art. 129, § 9º, do Código Penal, infligindo-lhe a pena de 03 meses de detenção em regime inicial aberto, aplicado o *sursis* pelo prazo de 02 anos, mediante condições.

Nas razões, pugna, em síntese, pela substituição da condição de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 03 meses, referentes ao sursis, por prestação pecuniária (p. 144-145).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (p. 148-151).

Com vistas, a Procuradoria-Geral manifesta-se igualmente pelo não provimento do apelo (p. 154-158).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por J. C. de O. em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara de Fátima do Sul, que o condenou como incurso no art. 129, § 9º, do Código Penal, infligindo-lhe a pena de 03 meses de detenção em regime inicial aberto, aplicado o *sursis* pelo prazo de 02 anos, mediante condições.

Nas razões, pugna, em síntese, pela substituição da condição de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 03 meses, referentes ao *sursis*, por prestação pecuniária.

Passo à apreciação da pretensão recursal.

Sustenta a Defesa que ao apelante foi concedido o *sursis*, tendo em uma de suas condições a prestação de serviços à comunidade, mas que "*se encontra sem condições de cumpri-la, já que trabalha das segundas aos sábados até às 18 horas, em uma pedreira em local distante 120 km do Juízo sentenciante, e distante cerca de 30 km da cidade mais próxima*". Destaca que o apelante "*tem família, além de sustentar a mãe idosa, vive em união estável com uma mulher*", e que, "*se o apelante tiver que abandonar o emprego para cumprir as condições interpostas pelo Juízo a quo, não terá como continuar a prover o sustento à sua família*".

Por tais razões, requer seja a prestação de serviços substituída por prestação pecuniária.

Sem razão, entrementes.

Com efeito, a prestação de serviços afigura-se como condição legal obrigatória (ao lado da limitação de fim de semana) no primeiro ano do prazo da suspensão condicional da pena, consoante § 1º do art. 78 do Código Penal, *in verbis*:

> *"**Art. 78** – Durante o prazo de suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.*
>
> *§ 1º - No primeiro ano de prazo, deverá o condenado prestar serviço à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).*
>
> *Na fixação das condições para o cumprimento do sursis restou observada essa regra, senão vejamos:*
>
> *"(...) Dessa forma, suspendo a execução da pena pelo prazo de 02 (dois) anos, mediante o cumprimento cumulativo das seguintes condições:*
>
> *I) No primeiro ano desse prazo o sentenciado deverá prestar serviços à comunidade, à razão de uma hora por dia de condenação, limitado ao período fixado para a pena privativa liberdade, ou seja, 3 (três) meses, E*
>
> *II) Além da prestação de serviço acima fixada, em conjunto com essa e pelo período de dois anos, o sentenciado:*
>
> *a) está proibido de frequentar bares e estabelecimentos congêneres;*
>
> *b) está proibido de se ausentar da comarca por mais de 10 (dez) dias, sem autorização do Juízo da Execução;*

> *c) tem a obrigação de comparecer pessoalmente em juízo, todos os meses, para informar e justificar suas atividades. (...).”*

Convém destacar que a condição do *sursis* não inviabiliza que o apelante continue a desempenhar a atividade profissional que constitui o sustento de sua família, haja vista que a prestação de serviços corresponde “*à razão de uma hora por dia de condenação, limitado ao período fixado para a pena privativa liberdade*”, podendo portando cumpri-la fora do horário de trabalho.

Ademais, como bem ressaltou o d. Procurador de Justiça:

> *“(...) Na espécie, a prestação de serviços à comunidade imposta é efetivamente, a medida adequada ao caso, pois faz com que o apelante repense a sua conduta, exercendo atividade produtiva em benefício da coletividade. Ainda, tem caráter reeducativo, retributivo e intimidativo, na medida em que favorece ao enriquecimento do bem comum e crescimento da pessoa humana, cumprindo-se a finalidade pedagógico-educativa e inibindo a reincidência. (...).”*

Por outro lado, impende ressaltar que inexiste previsão legal para que, na suspensão condicional do processo, seja fixada *ab initio* a prestação pecuniária como condição para seu cumprimento.

A esse respeito, anoto o escólio de Cezar Roberto Bitencourt:

> *“(...) As condições não podem consistir, em si mesmas, sanções não previstas para a hipótese, em obediência ao princípio nulla poena sine lege, e em respeito aos direitos individuais e constitucionais do sentenciado. Tampouco se admitem condições ociosas, isto é, representadas por obrigações decorrentes de outras previsões legais, como, por exemplo, reparar o dano ou pagar as custas judiciais. (...).” (cit. in Cunha, Rogério Sanches, Código Penal para concursos, 4ª ed., Podium:Salvador, 2011, p. 147).*

Nesse sentido manifesta-se a jurisprudência:

> ***“EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE SUBSTITUI A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, IMPOSTA COMO CONDIÇÃO DO SURSIS, POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA MENSAL. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.*** *Agravo provido.”* (TJRS; AG-Ex 70008551244; Cruz Alta; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Marco Antonio Bandeira Scapini; Julg. 03/06/2004).

Nada obsta, contudo, que no curso do cumprimento do *sursis* seja averiguada a necessidade de modificação das condições estabelecidas na sentença, permitindo que o juízo a execução implemente outras (art. 78, § 2º, do Código Penal) mais adequadas à realidade vivenciada pelo sentenciado, ponderação esta que é autorizada expressamente pelo § 2º do art. 158 da Lei de Execução Penal.

Todavia, conforme já salientado, no momento tal circunstância é observada, mas ao revés, revela-se apropriada, inexistindo razão para que outras condições sejam estabelecidas.

Destarte, ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, IMPROVERAM O APELO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 29 de julho de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0010738-56.2008.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO ACOLHIDA – NÃO PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS PARA A CONCESSÃO DA BAGATELA – RECURSO IMPROVIDO.

Para se averiguar o relevo material da tipicidade penal, há que se aferirem algumas circunstâncias, a saber: a) a ofensividade da conduta do agente – que deve ser mínima; b) a periculosidade social; c) o alto grau de reprovabilidade do comportamento – que deve ser reduzido; d) bem como deve ser inexpressiva a lesão jurídica provocada. *In casu*, em que pese a vítima ter recuperado os bens subtraídos, analisando-se o Auto de Avaliação, percebe-se que a *res furtiva* foi avaliada em R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), valor este que superava o valor do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, ou seja, R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, improver o recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de junho de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de apelação criminal interposta por Irlan da Silva Pires Junior, contra a sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, MS (fls. 164 – 168), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso nas penas do art. 155, *caput*, do Código Penal em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida em regime inicial aberto, sendo, ao final, substituída por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo prazo daquela.

Dos autos consta que no dia 10/01/2008, por volta das 19 horas, em uma quitinete situada na Rua Rangel Torres, Vila Santa Catarina, em Dourados, MS, o apelante subtraiu para si um televisor 29 polegadas, tela plana, marca Panasonic, e um computador completo, com impressora e demais acessórios.

Em razões recursais (fls. 174 – 178), Irlan da Silva Pires pugna a absolvição pela descaracterização da tipicidade penal, baseada no princípio da insignificância, frente a mínima ou nenhuma ofensividade de sua conduta, nenhuma periculosidade social, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade de lesão jurídica provocada.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (fls. 179 – 186), pugna o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 194 – 197), opina pelo conhecimento e improvimento do recurso defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Trata-se de apelação criminal interposta por Irlan da Silva Pires Junior, contra a sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, MS (fls. 164 – 168), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso nas penas do art. 155, *caput*, do Código Penal em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida em regime inicial aberto, sendo, ao final, substituída por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo prazo daquela.

Dos autos consta que no dia 10/01/2008, por volta das 19 horas, em uma quitinete situada na Rua Rangel Torres, Vila Santa Catarina, em Dourados, MS, o apelante subtraiu para si um televisor 29 polegadas, tela plana, marca Panasonic, e um computador completo, com impressora e demais acessórios.

Em razões recursais (fls. 174 – 178), Irlan da Silva Pires pugna a absolvição pela descaracterização da tipicidade penal, baseada no princípio da insignificância, frente a mínima ou nenhuma ofensividade de sua conduta, nenhuma periculosidade social, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade de lesão jurídica provocada.

Passo à análise do recurso.

O apelante pugna a absolvição aduzindo, para tanto, a atipicidade da conduta diante da incidência do princípio da insignificância.

Razão não lhe assiste.

É que para se averiguar o relevo material da tipicidade penal, há que se aferirem algumas circunstâncias, a saber: a) a ofensividade da conduta do agente – que deve ser mínima; b) a periculosidade social; c) o alto grau de reprovabilidade do comportamento – que deve ser reduzido; d) bem como deve ser inexpressiva a lesão jurídica provocada.

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS. FURTOS (CONSUMADO E TENTADO). PEÇAS DE VESTUÁRIO, AVALIADAS EM DUZENTOS E TRINTA REAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. Para a incidência do princípio da insignificância, são necessários a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedente do STF. 2. A atitude do paciente revela lesividade suficiente para justificar uma condenação, havendo que se reconhecer a ofensividade do seu comportamento, até porque furtou e tentou furtar (foram dois crimes, em continuidade delitiva) peças de vestuário, avaliadas, no total, em R$ 230,00 (duzentos e trinta reais), valor que beira a meio salário-mínimo e não pode ser considerado ínfimo. 3. No caso do furto, não se pode confundir bem de pequeno valor com de valor insignificante. Este, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem*

> *jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância; aquele, eventualmente, pode caracterizar o privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal. 4. Ordem denegada."* (STJ - HC 140542/RS. Ministro OG FERNANDES. T6 - SEXTA TURMA. DJe 14/12/2009.)

In casu, em que pese a vítima ter recuperado os bens subtraídos, analisando-se o Auto de Avaliação (fl. 12), percebe-se que a *res furtiva* foi avaliada em R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), valor este que superava o valor do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, ou seja, R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais).

Nesta baliza, não vislumbro o preenchimento dos requisitos necessários à concessão da bagatela pleiteada, diante da reprovabilidade de sua conduta e do valor da *res furtiva*.

Portanto, não há que se falar em atipicidade da conduta do recorrente, nem tampouco em sua absolvição ante a presença da insignificância para o mundo jurídico tutelado.

Destarte, ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso, mantendo-se *in totum* a r. sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, IMPROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 24 de junho de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4005675-12.2013.8.12.0000 - Caarapó
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PACIENTE PRESO HÁ MAIS DE UM ANO – COMPLEXIDADE DO PROCESSO NÃO VERIFICADA – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – EXCESSO DE PRAZO – LIBERDADE DEFERIDA MEDIANTE O CUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES (ART. 319 DO CPP) – ORDEM CONCEDIDA COM RESTRIÇÕES (APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS).

Não se justifica a prisão de paciente por mais de um ano, sem que tenha, sequer, sido interrogado, mormente quando, ao solicitarem-se esclarecimentos à autoridade coatora apontada, esta revelou que o interrogatório do paciente somente ocorrerá em outubro do ano em referência, sendo que a demora na tramitação do feito não pode ser debitada à defesa, mas sim, por culpa exclusiva do Judiciário.

Diante da gravidade da conduta imputada ao paciente – crime de tráfico de entorpecentes – ainda que verificado o constrangimento ilegal (excesso de prazo), impõe-se a aplicação de medidas cautelares (previstas no artigo 319 do CPP), para o fim de se vincular o paciente ao processo, e se garantir a aplicação da lei penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, conceder a ordem com aplicação de medidas cautelares, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 5 de agosto de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de *Habeas Corpus,* com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Pedro Moreira de Morais Neto, em favor de LEANDRO ROSA MOREIRA, preso em flagrante, em data de 05.06.2012, pela prática, em tese, do delito de tráfico de drogas.

Apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Caarapó-MS, alega, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, diante da ocorrência de excesso de prazo na formação da culpa.

Assevera que a denúncia foi ofertada em 06/07/2012, sendo realizada audiência para oitiva das testemunhas no dia 29/08/2012 e, até o presente momento, decorrido mais de 01 (hum) ano, o paciente ainda não foi interrogado.

Esclarece que foi expedida carta precatória para o interrogatório do paciente na comarca de Dourados-MS, sendo o ato designado para o dia 16/10/2012, entretanto, por não ter juiz titular para presidir a audiência, foi o ato redesignado para 17/01/2013.

Relata, contudo, que mais uma vez a audiência não ocorreu, sendo remarcada para o dia 04/03/2013 e, posteriormente, redesignada para o dia 08/10/2013.

Aponta, ainda, que a demora na instrução processual não se deu por culpa da defesa, sendo totalmente descabida, dessa forma, a manutenção da segregação do paciente.

Destarte, requer a concessão da liminar com a imediata soltura do paciente. Ao final, postula pela ratificação desse pedido, com a concessão definitiva da ordem.

Liminar indeferida à f. 31-3.

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora à f. 42-3.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer acostado à f. 48-51, opina pela concessão da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Trata-se de ***Habeas Corpus,*** com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Pedro Moreira de Morais Neto, em favor de Leandro Rosa Moreira, preso em flagrante, em data de 05.06.2012, pela prática, em tese, do delito de tráfico de drogas.

Apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Caarapó-MS, alega, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, diante da ocorrência de excesso de prazo na formação da culpa.

Assevera que a denúncia foi ofertada em 06/07/2012, sendo realizada audiência para oitiva das testemunhas no dia 29/08/2012 e, até o presente momento, decorrido mais de 01 (hum) ano, o paciente ainda não foi interrogado.

Esclarece que foi expedida carta precatória para interrogatório do Paciente na comarca de Dourados-MS, sendo o ato designado para o dia 16/10/2012, entretanto, por não ter juiz titular para presidir a audiência, foi o ato redesignado para 17/01/2013.

Contudo, mais uma vez, a audiência não ocorreu, sendo remarcada para o dia 04/03/2013 e, posteriormente, redesignada para o dia 08/10/2013.

Aponta, ainda, que a demora na instrução processual não se deu por culpa da defesa, sendo totalmente descabida, dessa forma, a manutenção da segregação do paciente.

Destarte, requer a concessão da liminar com a imediata soltura do paciente. Ao final, postula pela ratificação desse pedido, com a concessão definitiva da ordem.

A ordem deve ser concedida.

Revelam os autos que, ***verbis:***

> *"No dia 05 de junho de 2012, por volta das 13h30min, na Rodovia MS 156, próximo a COAMO, dentro dos limites do Município de Caarapó/MS, o denunciado LEANDRO ROSA MOREIRA, consciente da ilicitude de sua conduta, trazia consigo e transportava, para posterior venda e entrega a consumo de terceiros, com intuito de lucro e em típica atividade de traficância, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a quantia de 199 Kg (cento e noventa e nove quilos) de Cannabis sativa, popularmente conhecida por maconha (...)."*

A irresignação trazida neste ***writ*** cinge-se à ocorrência de excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal.

A **autoridade apontada** como coatora, ao prestar as informações de praxe (à f. 42-3), anotou que **a denúncia, ofertada em desfavor do paciente, foi oferecida em 06.07.2012 e recebida em 31.07.2012. Com relação ao interrogatório do paciente, que até o presente momento não ocorreu, justificou que:**

> *"No dia designado, não foi possível a realização do interrogatório do paciente porque havia sido transferido para o Presídio Harry Amorim Costa, em Dourados-MS, mas foram inquiridas as testemunhas comuns.*
>
> *No dia 30/08/2012 foi expedida carta precatória para a Comarca de Dourados-MS para interrogatório do paciente.*
>
> *Consultando a deprecata pelo portal E-Saj (registrada sob nº 0008448-29.2012.8.12.0002), nota-se que num primeiro momento foi designado o interrogatório do paciente para o dia 16/10/2012. A audiência não se realizou porque houve a transferência da deprecata à 4ª Vara Criminal, recentemente instalada na Comarca de Dourados. Depois disso, foi redesignado o interrogatório para o dia 17/01/2013, a qual foi novamente redesignada por força da Resolução 79 do TJMS. Por fim, o ato foi designado para o dia 08/10/2013 (...)."*

Ora, resta evidente a ocorrência do excesso de prazo apontado na impetração. Isso porque, o paciente encontra-se preso há mais de 01 (hum) ano, sem que sequer tenha sido interrogado, o que, como visto, somente vai ocorrer no mês de outubro, sendo que a dilação do prazo para conclusão do feito, como visto, ocorreu por culpa exclusiva do Judiciário, não havendo, portanto, como o paciente arcar com demora que não lhe pode ser imputada.

Nesse sentido:

> *"ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PACIENTES PRESOS HÁ MAIS DE 300 DIAS SEM QUE A INSTRUÇÃO TENHA SEQUER SIDO INICIADA. DEMORA NO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE CITAÇÃO. PACIENTES PRESOS EM COMARCAS DIVERSAS. INÉRCIA IMPUTADA À MÁQUINA JUDICIÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA. Caracteriza-se constrangimento ilegal por excesso de prazo a manutenção da prisão dos pacientes por mais de 300 dias, sem a devida conclusão da instrução criminal, quando resta evidente que a demora deu-se exclusivamente ao judiciário."* (TJMS; HC 2010.003652-5/0000-00; Chapadão do Sul; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia; DJEMS 23/03/2010; Pág. 51).

> *"HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4º, I E IV DO CP. PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGATIVA DE EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. PRISÃO HÁ MAIS DE 07 (SETE) MESES. RELAXAMENTO DA PRISÃO. 1. Na hipótese destes autos decorridos mais de sete meses da custódia cautelar do paciente e os atos processuais ocorridos foram o oferecimento da denúncia e a citação do acusado para ofertar a defesa prévia, estando há quatro meses aguardando o cumprimento do mandado de citação, configurado está o constrangimento ilegal por excesso de prazo, eis que sua prisão ofende aos princípios constitucionais da celeridade e da razoável duração do processo, por consequência, manter o paciente segregado é antecipar pena sem condenação. 2. Ordem concedida à unanimidade. Decisão: Acordam os componentes da egrégia 2ª. Câmara especializada criminal do tribunal de justiça do Estado do Piauí, por votação unânime, em conceder a presente ordem impetrada, para relaxar a prisão do paciente, com fulcro no art. 5º, LXV, da CF, expedindo- se o competente alvará de soltura em favor de onaldo da Silva Santos, se por outro motivo ilegal não estiver preso."* (TJPI; HC 2010.0001.003629-2; Rel. Des. Joaquim Dias de Santana Filho; DJPI 31/08/2010; Pág. 8).

> *"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. CULPA EXCLUSIVA DO ESTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O réu se encontrando preso desde o dia 24 de dezembro de 2009, portanto, há mais de 05 (cinco) meses, e a autoridade que preside o processo ao menos designou a audiência de instrução e julgamento. Aliás, o mandado de citação só foi expedido no dia 26/03/10 e cumprido em dia 31/05/10, o que demonstra falta de zelo na administração da justiça. 2. Conforme reiterados precedentes desta corte, a demora injustificada da formação da culpa, sem colaboração da defesa, impõe o imediato relaxamento da prisão pela autoridade judiciária, atendendo-se, assim, aos preceitos do art. 648, II, do CPP e do art. 5º, LXV, da Constituição Federal. 3. Ordem concedida, em harmonia com o parecer do ministério público de 2º grau."* (TJPI; *H.C.* 2010.0001.002328-5; Segunda Câmara Especializada Criminal; Rel. Des. Erivan José da Silva Lopes; DJPI 29/06/2010; Pág. 7).

Segundo disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, ***verbis:*** *"A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".*

Sobre o tema, os ensinamentos de Aury Lopes Jr e Gustavo Henrique Badaró:

> *"A duração do processo deve ser analisada à luz do direito dos demandantes a um processo sem dilações indevidas, ou a um processo no tempo razoável. (...) quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. E esse apossamento ilegal ocorre, ainda que não exista uma prisão cautelar, pois o processo em si mesmo é uma pena. (...) A perpetuação do processo penal, além do tempo necessário para assegurar seus direitos fundamentais, se converte na principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o réu possui".* (LOPES JR, Aury; Badaró, Gustavo Henrique Righi. Direito ao processo penal no prazo razoável. RJ: Lumen Juris, 2009. P. 6-7).

Assim sendo, muito embora tenha sido necessária a expedição de precatórias no caso em apreço, situação que, como sabido, justifica a ocorrência de atraso na instrução processual, entendo, contudo, que a prisão do paciente, por mais de 01 (hum) ano, despe-se de razoabilidade e configura constrangimento ilegal, que deve ser sanado.

Por outro lado, não há como se olvidar da gravidade da conduta imputada ao paciente, razão pela qual julgo necessária a aplicação de medidas cautelares, como forma de vincular o paciente ao processo.

Dessa forma, **defiro a ordem para conceder liberdade provisória a** LEANDRO ROSA MOREIRA**,** se por *al* não estiver preso, **mediante o cumprimento das seguintes medidas**, sem prejuízo de outras condições a serem estabelecidas pelo MM. Juiz de primeiro grau, caso entenda necessário:

1) Compromisso de comparecimento a todos os atos processuais e mantença atualizada de seu endereço quinzenalmente;

2) Proibição de ausentar-se da Comarca onde reside sem prévia autorização do juízo processante;

3) Obrigação de se recolher à sua residência até às 22 horas;

4) Proibição de ingerir bebidas alcoólicas e frequentar casas noturnas e bares;

Cientifique-se o paciente de que, o desrespeito a tais condições implica revogação automática da concessão da liberdade provisória e o seu imediato recolhimento ao cárcere.

Expeça-se alvará de soltura, se por *al* não estiver preso o paciente, devendo dele constar as medidas cautelares impostas e a advertência acerca de eventual revogação dessa benesse.

Comunique-se de imediato tal decisão ao Juízo de 1º Grau, a fim de promover as providências cabíveis referentes às medidas cautelares.

Exposto isso, com o parecer, **concedo a ordem, mediante a aplicação das medidas cautelares (previstas no artigo 319 do CPP) acima mencionadas.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM COM APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 05 de agosto de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0040505-74.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – NULIDADE DO JULGAMENTO – DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – PRETENSÃO AFASTADA – EXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA DAR SUPORTE AO VEREDITO DOS JURADOS – DEFICIÊNCIA NA QUESITAÇÃO – INOCORRÊNCIA – PRECLUSÃO DA MATÉRIA – FALTA DE ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO – NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À FIXAÇÃO DA PENA-BASE – TESE REBATIDA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE VALORADAS – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA – AFASTAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

1. Não há falar em decisão contrária à prova dos autos se os elementos de prova coligidos durante a fase de instrução processual são suficientes para atribuir amparo ao veredicto dos jurados. Nesse aspecto, havendo suporte probatório, a decisão do Tribunal do Júri deve ser mantida, sobretudo em razão do princípio constitucional da soberania dos vereditos, consagrado pelo art. 5º, XXXVIII, "c" da CF.

2. No caso particular, as provas dos autos são uníssonas em sinalizar que o apelante conduzia seu veículo sob a influência de álcool, empreendendo disputa automobilística não autorizada popularmente conhecida como "racha", em velocidade excessiva e incompatível com a via urbana de tráfego, e, sobretudo, desrespeitando a sinalização de trânsito, transpondo sinais que indicavam a cor vermelha. Essas circunstâncias concretas são suficientes para que se conclua que o apelante agiu, sim, com dolo eventual, ao passo que assumiu o risco de produzir um grave acidente automobilístico.

3. É possível que seja reconhecida a incidência das qualificadoras do homicídio em conduta pautada em dolo eventual, haja vista a compatibilidade desses institutos.

4. Eventual reclamação ou reivindicação das partes sobre a quesitação, deverá ser arguida logo após a leitura dos quesitos pelo Juiz-presidente, a teor do artigo 484 do CPP, sob pena de preclusão. Soma-se a essa disposição, a inteligência do artigo 571, VIII do CPP, onde há regra no sentido de que as nulidades ocorridas no julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do Tribunal, deverão ser arguidas logo depois de ocorrerem.

5. A fixação da pena deve seguir o critério trifásico de dosimetria estabelecido pela legislação penal. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, o magistrado deve proceder à apreciação das circunstâncias judiciais enumeradas no artigo 59 do Código Penal, a partir do que fixará a pena-base. No caso dos autos, o magistrado singular valorou devidamente as circunstâncias judiciais, analisando-as isoladamente à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto, de modo que, portanto, a sentença, nesse ponto, ostentou embasamento suficiente, pelo que deve ser mantida. O *quantum* de exasperação da pena-base não foi excessivo, atendendo, pois, ao critério da proporcionalidade e da razoabilidade, e sobretudo, às finalidades da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 8 de julho de 2013.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Anderson de Souza Moreno, contra a sentença proferida pelo magistrado da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande-MS, que o condenou como incurso nos crimes tipificados nos artigos 121, §2º, incisos I e IV do Código Penal e 306 da Lei 9.503/97, à pena de 17 (dezessete) anos de reclusão para o crime de homicídio, e de 1 (um) anos e 9 (nove) meses de detenção e 70 (setenta) dias-multa para a infração penal de trânsito.

Em suas razões recursais, sustenta o apelante, em suma, que o julgamento deve ser declarado nulo, em razão da não formulação de quesitos pertinentes às teses aventadas pela defesa. Postulou, ainda, pela nulidade da sentença, afirmando, nesse sentido, que não houve fundamentação no tocante à fixação da pena-base. Requereu, por fim, seja declarada a nulidade do julgamento, ao fundamento de que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos.

Em contrarrazões (fls. 1.450-1.491), o Ministério Público pugnou, na hipótese de conhecimento do recurso, pelo seu improvimento, com a manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 1.498-1.511, manifestou-se, posicionando-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Anderson de Souza Moreno, contra a sentença proferida pelo magistrado da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande-MS, que o condenou como incurso nos crimes tipificados nos artigos 121, §2º, incisos I e IV do Código Penal e 306 da Lei 9.503/97, à pena de 17 (dezessete) anos de reclusão para o crime de homicídio,. e de 1 (um) anos e 9 (nove) meses de detenção e 70 (setenta) dias-multa para a infração penal de trânsito.

Narra a denúncia que:

> *"No dia 14 de junho de 2010, por volta das 03h00min, na Avenida Afonso Pena, cruzamento com a Rua José Antônio, Centro, nesta Capital, os denunciados Anderson de Souza Moreno e Willian Jhonny de Souza Ferreira, na direção dos automóveis GM/VECTRA, de cor preta, placas CCY-1805 e FIAT/UNO, de cor azul, placas HRU-5334, respectivamente, agindo com dolo eventual ao assumirem o risco de produzir um grave*

acidente, desrespeitaram regras de trânsito, tendo o denunciado Anderson colidido a frontal de seu veículo contra a lateral esquerda do automóvel GM/CELTA, de cor preta, placas HSY-5724, ocupado pela vítima Mayana de Almeida Duarte".

Consta ainda da inicial que "*em decorrência dessa colisão, a vítima Mayana Almeida Duarte sofreu ferimentos que foram a causa efetiva da sua morte*".

Relatou-se, ademais, que "*no momento da colisão, os denunciados Anderson de Souza Moreno e Willian Jhonny de Souza Ferreira disputavam um "racha" na Avenida Afonso Pena, conduzindo seus veículos com excesso de velocidade*".

Por fim, consignou-se que "*os denunciados Anderson de Souza Moreno e Willian Jhonny de Souza Ferreira estavam alcoolizados no momento do acidente*".

Em razão desses fatos, Anderson de Souza Moreno e Willian Jhonny de Souza Ferreira, foram denunciados pelos crimes de homicídio qualificado, embriagues ao volante e disputa automobilística não autorizada (art. 121, §2º incisos I e IV do CP e arts. 306 e 308, ambos da Lei 9.503/97).

Pronunciados (fls. 667-674), os réus foram levados a julgamento perante Tribunal do Júri. Nessa fase, o Conselho de Sentença decidiu pela condenação do acusado Anderson de Souza Moreno pelo crime de homicídio qualificado (CP, art. 121, §2º, I e IV) e pelo crime de direção sob influência alcoólica (Lei 9.503/97, art. 306), aplicando-lhe as penas acima mencionadas.

Em razão disso, o réu Anderson de Souza Moreno interpôs a presente apelação criminal.

No recurso, sustenta, em suma, que o julgamento deve ser declarado nulo, em razão da não formulação de quesitos pertinentes às teses aventadas pela defesa. Postulou, ainda, pela nulidade da sentença, afirmando, nesse sentido, que não houve fundamentação no tocante à fixação da pena-base. Requereu, por fim, seja declarada a nulidade do julgamento, ao fundamento de que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos.

Passo, portanto, à análise recursal.

1. <u>Nulidade do julgamento por deficiência na quesitação</u>:

Nesse ponto, postulou o apelante pela nulidade do julgamento, sustentando, em síntese, que houve deficiência na quesitação, de modo que não foi votada a tese defensiva de desclassificação para o crime de homicídio culposo. Ademais, aduziu que: (I) não foi formulado quesito sobre a incidência do art. 29 do Código Penal (participação); (II) o quesito formulado sobre a qualificadora do inciso IV, do §2º do art. 121 do CP é incompatível com a prática de homicídio doloso; (III) houve cumulação indevida de quesitos sobre agravantes, completamente conflitantes; (IV) a ordem da quesitação, como realizada, induziu os jurados a erro.

Como bem se sabe, em âmbito do Tribunal do Júri, o julgamento do réu é atribuído ao Conselho de Sentença, cuja decisão é precedida do procedimento de quesitação, ocasião em que os jurados são indagados sobre os fatos da ação penal, podendo, assim, emitirem o respectivo veredito, deliberando sobre a imposição de eventual condenação ao réu.

O quesito é uma indagação objetiva, que espelha uma questão de fato, embora possa conter aspecto jurídico, destinada aos jurados, durante a votação, para atingir o veredito, a ser respondido de maneira sintética, na forma de afirmativa ou negativa (art. 482, parágrafo único, CPP). A manifestação do conselho de sentença, em relação a cada um dos quesitos apresentados, envolve, certamente, a emissão de uma opinião ou de um juízo de valoração.

Com efeito, a elaboração dos quesitos deve obedecer às disposições estampadas no artigo 482 do Código de Processo Penal, sobretudo aquelas elencadas no parágrafo único desse dispositivo, de modo que deverão ser levados em conta os termos da pronúncia, de eventuais decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e, principalmente, das alegações das partes. Ademais, é preciso que a quesitação obedeça à ordem estabelecida em âmbito do artigo 483 do Código de Processo Penal.

Sob esse aspecto, **após a leitura dos respectivos quesitos**, mediante indagação do juiz-presidente, **as partes deverão apresentar as respectivas reclamações ou requerimentos que possuírem, sob pena de preclusão** (CPP, art. 484). Portanto, eventuais insurgências das partes quanto aos quesitos, formulados ou não, deverão ser consignadas em momento oportuno, de modo que o silêncio fará presumir a concordância das partes, o que resultará na convalidação da quesitação.

Nesse mesmo sentido, é a redação do artigo 571, VIII do CPP, cuja inteligência direciona-se no sentido de que **as nulidades, referentes ao julgamento em plenário, em audiência ou em Sessão do Tribunal, deverão ser arguidas logo depois que ocorrerem**. Não arguidas, acobertar-se-ão pelo manto da preclusão, inadmitindo posterior discussão em grau de recurso.

Aliás, sobre o tema, é o magistério de Nucci[1]:

> *"**As partes, após a leitura dos quesitos, devem apresentar as reclamações ou requerimento que tiverem, sob pena de preclusão**. Caso algum deles esteja mal redigido, demandando retificação, bem como espelhe tese diversa da efetivamente sustentada pelo interessado, deve-se impugnar o quesito imediato. **O silêncio das partes consolida a redação dada pelo magistrado e não mais pode haver questionamento posterior, em grau de recurso**". (Grifo meu).*

Ainda, a esse respeito, são os seguintes julgados:

> *"Habeas corpus. Penal. Júri. Crime de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, IV). Desclassificação para crime culposo. Apelação do Ministério Público sob fundamento de que houve defeito na quesitação. Recurso provido para determinar a submissão do réu a novo julgamento pelo júri. Perplexidade dos jurados. Ocorrência. Ordem denegada. 1. **Eventuais defeitos na elaboração dos quesitos, em regra, devem ser apontados logo após sua leitura pelo magistrado, sob pena de preclusão**, que só pode ser superada nos casos em que os quesitos causem perplexidade aos jurados. Precedentes. 2. Diante da não observância pelo Juiz Presidente do disposto no art. 489 do CPP (atual 490 do mesmo codex), solução outra não havia ao Tribunal estadual senão determinar a realização de novo julgamento, visto que a não repetição da votação desses quesitos em tempo oportuno resultou em respostas que envolvem contradição inconciliável. 3. Writ denegado"* (grifo meu). (HC 101799, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 22-08-2012 PUBLIC 23-08-2012).

> *"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE QUESITAÇÃO DE TESE DEFENSIVA. TESE NÃO SUSTENTADA PELA DEFESA NA SESSÃO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO DEFENSOR SOBRE A MATÉRIA NA ATA DE JULGAMENTO: PRECLUSÃO. FORMULAÇÃO DE QUESITO GENÉRICO SOBRE AS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. 1. Durante a fase de debates orais, na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, a defesa limitou-se a sustentar a legítima defesa própria. As teses das atenuantes da confissão espontânea e da violenta emoção logo após a injusta provocação da vítima não foram apresentadas em plenário.*

1 Código de Processo Penal Comentado – 12. ed rev., atual. e ampl. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 484.

2. Não há nulidade pela ausência de quesitação de tese não sustentada pela defesa em plenário de julgamento do Tribunal do Júri. 3. ***O defensor não se insurgiu contra a formulação ou a votação dos quesitos na sessão de julgamento, o que afasta eventual nulidade****. 4. A resposta negativa dos jurados ao quesito genérico das atenuantes desobriga o juiz a indagar sobre as atenuantes específicas. 5. Ordem denegada" (grifo meu).* (HC 105391, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 01/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 12-04-2011 PUBLIC 13-04-2011).

"HABEAS CORPUS. JÚRI. QUESITAÇÃO. NULIDADES. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO COM BASE NA EXISTÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS, UMA DELAS CONSIDERADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. LEGALIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I – ***A eventual nulidade na formulação dos quesitos no Tribunal do Júri é atingida pela preclusão quando não alegada na sessão de julgamento*** *(art. 571, VIII, do Código de Processo Penal). II – Havendo mais de uma qualificadora, é legal a consideração de uma delas como circunstância judicial e a consequente fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal do crime de homicídio qualificado. Do contrário, seriam apenados igualmente fatos ofensivamente diversos, - crimes praticados com incidência de uma só qualificadora e aqueles praticados com duas ou mais qualificadoras. Precedentes. III – Ordem denegada" (grifo meu).* (HC 95157, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 16/11/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-01 PP-00187).

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE. FALTA DE DETERMINAÇÃO EXPRESSA QUANTO À SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO EM FACE DA APLICAÇÃO DO ART. 366 DO CPP. QUESITOS. AUSÊNCIA SOBRE CAUSA DE DIMINUIÇÃO. MATÉRIAS TODAS PRECLUSAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ADEMAIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como sucedâneo recursal.

2. Suscitadas doze anos depois da pretensa ocorrência, estão preclusas as nulidades do processo referentes à falta de fundamentação no recebimento da denúncia e pela não determinação, expressa, de suspensão da prescrição, quando foi determinada a suspensão da marcha processual, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal.

3. ***Eventual irregularidade na quesitação deve ser apontada no Plenário, quando da leitura pelo Juiz, sob pena de preclusão****.*

4. Nulidades no caso concreto que, além de preclusas, não renderam prejuízo.

5. Falta de ilegalidade flagrante apta a relevar a impropriedade da via eleita.

6. Writ não conhecido."

(HC 177.450/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 22/04/2013).

No vertente caso, examinando o processo, pode-se verificar que o Juiz-presidente consignou, na ata de instalação da Sessão de Julgamento (fls. 1.261-1.264) que, antes de iniciada a votação, "*indagou aos*

jurados se estavam habilitados para julgar e, diante da resposta afirmativa, ***leu os quesitos e explicou a significação legal de casa um****. Então,* ***indagando às partes se tinham qualquer requerimento ou reclamação a fazer****, e achando-se todo em conforme, anunciou que ia se proceder ao julgamento (...)*".

Logo, é possível inferir que as partes, embora instadas sobre eventual reclamação ou reivindicação acerca dos quesitos formulados, não apresentaram qualquer objeção, razão pela qual deu-se início ao julgamento, na forma do procedimento legal.

Ora, é evidente que a defesa do apelante deveria ter se insurgido contra a quesitação na ocasião oportuna, ou seja, quando indagados pelo Juiz-presidente na Sessão de Julgamento. Entretanto, essa omissão, naquela oportunidade, fez exsurgir o instituto da preclusão, de modo que a matéria sobre a quesitação, se deficiente ou não, deixou de ser passível de discussão.

Com efeito, não obstante à preclusão dessa matéria, hei por bem tecer breves ponderações apenas quanto à suposta ausência do quesito referente à tese de desclassificação do crime de homicídio doloso para a forma culposa.

A defesa do apelante, em sede dos debates orais realizados na Sessão de Julgamento do Júri, postulou pela desclassificação do delito de homicídio doloso para a sua forma culposa, ou, alternativamente, por lesão corporal seguida de morte (fl. 1.263).

Nesse aspecto, o magistrado da origem, ao proceder à formulação dos quesitos, obedecendo à disposição do artigo 483, §4º do Código de Processo Penal, após o terceiro quesito, e, sobretudo, depois de comprovada a materialidade e autoria delitiva, passou a indagar os jurados sobre a tese de desclassificação do homicídio doloso para lesão corporal seguida de morte. A esse respeito, foram feitas as seguintes perguntas (fl. 1.269):

> *"4º) O acusado* ***Anderson de Souza Moreno*** *assim agindo quis o resultado morte?*
>
> ***(##) SIM*** ***(QUATRO) NÃO***
>
> *5º) O acusado* ***Anderson de Souza Moreno*** *assim agindo assumiu o risco de causar a morte?*
>
> ***(QUATRO) SIM*** ***(##) NÃO"***

Pelas indagações acima transcritas, pode-se verificar que os jurados, perguntados sobre a tese de desclassificação do crime de homicídio doloso para lesão corporal seguida de morte, decidiram pelo não acolhimento, entendendo, nesse ponto, que o apelante assumiu o risco de provocar a morte da vítima (quinto quesito).

Daí, em razão da decisão dos jurados a partir do quinto quesito, houve conclusão sobre a existência de dolo eventual na conduta do apelante, de modo que, por uma questão óbvia, ficou prejudicada a tese de desclassificação do crime de homicídio doloso para a sua forma culposa (sexto quesito).

Aliás, nesse aspecto, sobre o pedido da defesa referente à desclassificação do de homicídio doloso para a forma culposa, restaram consignadas na ata de julgamento as seguintes deliberações (fl. 1.263):

> *"(...). A defesa do coacusado Anderson, durante a votação, requereu que fosse votado, pelos jurados, o sexto quesito refente a desclassificação para homicídio culposo em razão do afastamento da primeira tese da defesa de desclassificação para lesão corporal seguida de morte quesitada nos quesitos anteriores (4º e 5º). O juiz indeferiu o pedido pois como o reconhecimento do dolo no quinto quesito, ficou prejudicada a tese de homicídio culposo. (...)."*

Assim, ao contrário do que afirmado pelo apelante, a tese de desclassificação para o delito de homicídio culposo foi objeto de quesitação (sexto quesito), no entanto, esse quesito foi considerado prejudicado, em razão da resposta externada pelos jurados quando indagados em âmbito do quinto quesito.

De outro norte, repita-se, mesmo diante da preclusão da matéria, é preciso destacar que a quesitação, na forma como realizada, não gerou qualquer prejuízo à defesa do apelante.

Isso porque, a partir da edição da Lei 11.689/2008, foi estabelecida a obrigatoriedade de formulação do quesito genérico da absolvição, o qual, segundo entendimento da jurisprudência majoritária, acolhe todas as teses defensivas, a teor da nova redação do artigo 483 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, destaco o seguinte julgado:

> *"HABEAS CORPUS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PENAL. HOMICÍDIO. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. ART. 483 DO CPP, COM A REDAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 11.689/08. TRIBUNAL DE JÚRI. QUESITAÇÃO SOBRE A ABSOLVIÇÃO DO RÉU. ABRANGÊNCIA DE TODAS AS TESES DEFENSIVAS. AUSÊNCIA DE QUESITO ESPECÍFICO ACERCA DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. NULIDADE INEXISTENTE. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ORDEM NÃO CONHECIDA. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.*
>
> *I. Há omissão acerca da inovação legislativa trazida pela Lei n. 11.689/08, que, dando nova redação ao art. 483 do CPP, concentra todas as teses defensivas em um único quesito obrigatório.*
>
> *II.* ***A ausência de realização de quesitação específica, no Tribunal de Júri, sobre tese defensiva alternativa ou subsidiária, não gera nulidade, pois no art. 483, inciso III, § 2º do CPP, dispõe ser obrigatória apenas a apresentação de quesito único acerca da absolvição do réu, o qual subsume todas as teses defensivas****.*
>
> *III. Somente a forma de quesitação restou unificada pela norma legal, mantendo-se garantida a exposição, perante do Conselho de Sentença, de todas as teses, alternativas ou subsidiárias, voltadas para a absolvição do réu, razão pela qual não há se falar em ofensa ao princípio da ampla defesa.*
>
> *IV. O juiz-processante formulou quesitos de acordo com o disposto no art. 483, inciso III, § 2º do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.689/08, apresentando indagações acerca da possibilidade de absolvição do acusado, nas quais foram abrangidas todas as teses expostas pela defesa, razão pela qual inexistente a nulidade na presente hipótese. IV. Nesse contexto, não deveria ter sido conhecido o writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.*
>
> *II. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes, para não conhecer da ordem, nos termos do voto do Relator."*
>
> (EDcl no HC 202190/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011).

No caso, houve quesitação sobre a tese de absolvição (sétimo quesito), o que, portanto, abarcou todas as matérias defensivas, de modo que os jurados, indagados nesse ponto, votaram de forma negativa. Portanto, por óbvio, entenderam os jurados pelo não acolhimento de nenhuma das teses de defesa, mantendo a imputação delituosa do apelante pelo crime de homicídio doloso, tal qual como constante na decisão de pronúncia.

Assim, eventual ausência de quesito sobre tese específica da defesa foi suprida pelo quesito genérico da absolvição, razão pela qual não há qualquer irregularidade capaz de gerar a nulidade do julgamento de primeiro grau.

Por fim, quanto às demais deficiências apontadas pelo apelante, cuja existência, a seu ver, acarretam a nulidade da quesitação, deixo de apreciá-las, em razão da matéria, nesse ponto, estar envolvida pelo instituto da preclusão, porque não arguidas no momento oportuno, sendo inadmissível, portanto, o exame dessa em sede deste recurso.

2. <u>Nulidade da sentença por deficiência na dosimetria penal</u>:

Nesse ponto, defendeu o apelante que a sentença proferida pelo magistrado da origem possui deficiência no tocante à fundamentação que embasou a dosimetria penal, sobretudo quanto à apreciação das circunstâncias judiciais, na primeira fase, que são respaldo para a fixação da pena-base.

Como bem se sabe, a individualização da sanção penal implica significativa margem de discricionariedade, que deverá ser balizada pelos critérios legais estabelecidos pela legislação penal e pelos princípios penais de garantia. Trata-se, pois, de uma discricionariedade juridicamente vinculada, sendo imprescindível a observância do dever de motivação e fundamentação do decisório, dos quais o magistrado sentenciante não deve se furtar.

Ademais, para possibilitar a justa aplicação da lei penal, o julgador deverá atender às exigências da espécie concreta, isto é, a todas as singularidades que se fazem presentes na espécie posta à apreciação em âmbito do poder judiciário, pautando-se, sobretudo, em critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Em verdade, esses elementos são consagrados pela vertente do livre convencimento motivado (persuasão racional), cuja premissa basilar estabelece ao magistrado o dever de julgar com base nos elementos existentes no processo, devendo, no entanto, avaliá-los segundo critérios críticos e racionais.

Com efeito, o ordenamento jurídico-penal, baseado na legislação vigente, no tocante à aplicação da lei penal, adota o sistema trifásico para a dosimetria da pena em concreto (CP, art. 68). Exige-se, pois, motivação idônea, tudo no sentido de oferecer garantia contra eventuais excessos que porventura sejam perpetrados na fixação da sanção penal.

Como primeira etapa do processo de dosimetria, surge a necessidade de o juiz sentenciante promover a análise das circunstâncias judiciais. Esse exame deve permitir ao jurisdicionado a perfeita compreensão dos motivos que conduziram o magistrado à sua conclusão, viabilizando o controle de legalidade, a aferição de imparcialidade do sentenciante e a certeza que prevaleceram os componentes racionais da definição da pena.

As circunstâncias judiciais estão enumeradas, de forma taxativa, em âmbito do artigo 59 do Código Penal, de modo que, a partir da apreciação individualizada de cada uma dessas circunstâncias, é possível o estabelecimento da pena-base.

Quanto à fixação da reprimenda base, aliás, é que reside a pretensão recursal do apelante. Nesse aspecto, sustentou que o julgador de primeiro grau não procedeu à devida valoração das circunstâncias judiciais, de modo que o embasamento da sentença, nesse ponto, não foi capaz de demonstrar os motivos determinantes à exasperação da pena-base.

Em princípio, para melhor compreensão dessa questão, hei por bem transcrever, a seguir, o respectivo trecho da sentença em que o magistrado da instância singular fundamentou a dosimetria penal, no tocante ao crime de homicídio doloso. Vejamos:

"(...). As circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não lhe são totalmente favoráveis.

*Embora a **conduta social** seja normal e não é possuidor de **antecedentes** criminais, verifico que agiu com **culpabilidade** manifestamente reprovável.*

Isto porque, saiu de uma boate onde havia ingerido bebidas alcoólicas além do permitido pela legislação e, após adentrar no seu veículo (GM/Vectra) passou a desenvolver velocidade incompatível com as circunstâncias reinantes no trânsito, aliás principal avenida de Campo Grande/MS (Afonso Pena), transpassando vários semáforos que sinalizavam a cor vermelha, vindo a colidir violentamente contra o veículo da vítima Mayana, arremessando-o por mais de 45 metros, ocasionando a morte dela após dez dias de agonia no hospital.

***A personalidade** é destoante dos interesses da sociedade, tendo em vista que não é a primeira vez que se envolve em delitos de trânsito, aliás, conforme prova dos autos e até mesmo do seu interrogatório em juízo e hoje neste plenário, extrai-se que é a segunda vez que se envolve em colisão de veículos resultando morte, valendo salientar que no seu primeiro envolvimento, era menor de idade.*

Ainda quanto a sua personalidade, além dos fatos acima relatados, aos 17 (dezessete) anos foi abordado pela Polícia Militar na condução de uma motocicleta de propriedade de seu irmão, a qual pegou escondida, salientando que carregava um amigo na garupa que se encontrava sem capacete e com uma lata de cerveja nas mãos.

Ademais, após o fato que resultou na morte de Mayana, teve sua CNH apreendida, entretanto, dias depois foi parado por policiais dirigindo outro veículo e, ainda, na contramão de direção, tanto abuso que lhe rendeu a prisão preventiva, a qual não foi revogada nem mesmo pelo STJ até o momento.

Nota-se, desta forma, que se trata de pessoa que não vê limites nas suas condutas, demonstrando indiferença à vida e leis de trânsito, colocando, assim, em perigo a incolumidade pública, fato que configura sua total desarmonia com relação aos outros membros da sociedade.

***As conseqüências** do crime são típicas da espécie, ou seja, dor, revolta, sofrimento pela perda de um ente querido tanto dos seus familiares (pai, mãe, irmãos, tios, etc.), como também de seus amigos, pois, segundo informações acostadas aos autos, mormente os documentos juntados (recados de carinho à vítima realizados via rede social – ORKUT - internet) percebe-se o imenso carisma, fato que se confirma por ocasião da grande quantidade de pessoas neste plenário (lotado).*

Acrescenta-se, ainda, que a vítima era jovem, apenas 23 (vinte e três anos) anos de idade, com toda uma perspectiva de vida pela frente, aliás, acadêmica de Direito, exigindo do Estado, via Poder Judiciário, no mínimo uma condenação razoável.

*Em arremate, consigno que **a vítima em nada contribuiu para o acontecimento dos fatos.***

***Os motivos** e **as circunstâncias** foram apreciados pelo Conselho de Sentença.*

Assim, sopesando tais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base do delito de homicídio em 17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

*Anoto, por oportuno, que a pena não pode ser tida como **exagerada**, aliás, o TJ-MS na Apelação n. 2010.012600-6, tendo como réu José Aparecido Bispo da Silva, manteve a condenação de 26 (vinte e seis) anos:*

> *"é improcedente o pedido de redução da pena-base, quando demonstrado que as conjunturas negativas — culpabilidade e conseqüências do crime — são demasiadamente intensas e justificam a exacerbação da reprimenda em patamar muito acima do mínimo legal."*
>
> *Registro que este acórdão também foi utilizado para justificar a pena no processo n. 0031475-49.2009, tendo como réu Leonardo Leite Cardoso e vítima Claudinéia Rodrigues Mendes, bem como nos autos de nº 0062671-03.2010.8.12.0001 tendo como réus Ireneu Maciel e Valdemir Vansan e vítima, ex-vereador* ***Carlos Antônio Costa Carneiro.***
>
> *Reduzo 6 (seis) meses de reclusão pela atenuante da menoridade.*
>
> ***Portanto, fica condenado, em definitivo, pelo crime de homicídio em 17 (dezessete) anos de reclusão."***

Com efeito, a partir da passagem acima transcrita, pode-se perceber, de forma clara, que o magistrado da origem, na etapa inicial da dosimetria penal, procedeu à devida valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, apreciando-as isoladamente, e de acordo com os elementos fáticos peculiares ao caso em desate.

Como se pôde verificar, o magistrado considerou normal a **conduta social** do apelante, e indicou a ausência de quaisquer **antecedentes**, pelo que deixou de valorar essas circunstâncias judiciais.

Em sequência, a **culpabilidade** e **personalidade** foram tidas como circunstâncias negativas, tendo sido apontados, de forma clara e objetiva, os elementos concretos que embasaram essa conclusão.

Por demais, as **consequências do crime** foram consideradas típicas, e o **comportamento da vítima** foi tido como isento de qualquer influência quanto à existência do crime, pelo que essas circunstâncias também não foram consideradas para exasperação da pena-base.

Em arremate, os **motivos** e **circunstâncias do crime** foram, de igual forma, desconsiderados, não sendo valoradas na primeira etapa da dosimetria penal, haja vista que foram submetidas à apreciação pelo conselho de sentença.

Individualizou-se, portanto, a sanção penal, mediante um critério de discricionariedade, associado às disposições legislativas aplicáveis à matéria e, às particularidades presentes na espécie concreta, que foram devidamente apontadas e valoradas pelo juiz sentenciante na fase inicial da dosimetria.

Ainda, quanto à pena-base fixada, o julgado singular ponderou que o *quantum* de exasperação não consubstanciou qualquer excesso ou exagero, pois aliado aos elementos singulares do caso concreto. Além disso, nesse ponto, foram indicados outros julgamentos de casos similares, os quais serviram como base para fundamentar sua decisão.

Ademais, a quantidade de reprimenda aplicada atendeu às finalidades da pena. Como se sabe, a pena tem duplo caráter, quais sejam, o punitivo, de modo a estabelecer uma sanção àquele que pratica a conduta típica, e o repressivo, no sentido de desestimular a reiteração de novas infrações penais.

Assim, no caso dos autos, tendo em vista a gravidade da conduta perpetrada pelo apelante, bem como as circunstâncias do crime, pode-se concluir que a sanção penal aplicada está amparada pelos limites da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que não há qualquer fundamento legal que seja apto a ensejar sua redução.

Não há, pois, qualquer deficiência na fundamentação adotada pelo magistrado na fase de dosimetria penal, de modo que a fixação da pena-base, na etapa inicial, revelou-se condizente com a valoração externada às circunstâncias judiciais, e às singularidades fáticas presentes na vertente situação, pelo que deve ser mantida.

3. <u>Decisão dos jurados contrária à prova dos autos</u>:

Como bem se sabe, em âmbito da instituição do Tribunal do Júri, vigora o princípio constitucional da soberania dos vereditos (CF, art. 5º, XXXVIII, "c"), de modo que a decisão final do conselho de sentença não pode ser alterada, senão quando verificado que o veredicto é manifestamente dissociado dos elementos de convicção coligidos durante a instrução.

Sobre a interpretação das provas pelo Conselho de Sentença, peculiar o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci[2], assim redigido:

> *"(...) Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Não se trata de decisão manifestamente contrária à prova, mas se situa no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida.(...)".*

Tal entendimento encontra, também, suporte na melhor jurisprudência:

> *"A anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri sob o fundamento previsto no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal exige que o veredicto atente contra as evidências dos autos, revelando-se incoerente e arbitrário, sem nenhum respaldo no conjunto probatório."* (STJ, HC 69.567/DF, 5ª T., rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 06/08/2007, p. 564).

> *"DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. Somente se renova o julgamento, sob o argumento de contrariedade à prova dos autos, quando a decisão dos jurados se caracterizar pela arbitrariedade, ou seja, quando não for plausível ou aceitável diante do caderno probatório. Havendo, ainda que mínimo, suporte em alguma parte do caderno probatório a decisão do conselho de sentença, não cabe a renovação do julgamento. Nesta linha, não cabe ao juiz togado, em sede recursal, ponderar pela melhor versão apresentada no processo, pois esta decisão incumbe aos jurados, sob o manto da garantia da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (artigo 5º, inciso XXXVIII, c, da Constituição Federal)."* (Apelação Crime N. 70030758973, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 09/08/2011).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO QUALIFICADO E DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 121, § 2º, IV, E ART. 121, § 2º, IV, C/C O ART. 14, II, NA FORMA DO ART. 71, TODOS DO CP). PRETENSÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO PORQUE DECISÃO DOS JURADOS É MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INVIABILIDADE. CONSELHO DE SENTENÇA QUE ACOLHEU UMA DAS VERSÕES APRESENTADAS, COM FUNDAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. JUIZ NATURAL DA CAUSA. SOBERANIA DOS VEREDITOS. RECURSO NÃO PROVIDO.* ***Em respeito ao princípio constitucional da soberania dos vereditos dos Jurados, não há que se anular o seu julgamento, salvo se arbitrário. Assim,***

2 - Tribunal do Júri. 4ª ed., São Paulo: RT, 2013, p. 417.

***tendo o Tribunal do Júri, juiz natural da causa, acolhido uma das versões dos fatos demonstradas no contexto probatório, há se manter a sua decisão.*"** (TJSC – Apelação Criminal 2008.053764-2, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, DJ 19/06/2009).

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PARTICIPAÇÃO – DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – NÃO-OCORRÊNCIA – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL – DELAÇÃO – PROVAS SEGURAS – RECURSO IMPROVIDO.

Em razão da soberania do júri popular, apenas se admite a anulação do julgamento quando a decisão dos jurados está totalmente dissociada doas provas dos autos." (Apelação Criminal - Reclusão - N. 2004.007256-2/0000-00 - Campo Grande – Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia - Segunda Turma Criminal – 22.9.2004).

Com vistas nesses argumentos, verifica-se que, na situação particular, a pretensão do apelante, referente à anulação da decisão proferida pelo Conselho de Sentença, não merece qualquer guarida, haja vista que o veredito dos jurados está em plena harmonia com as provas colhidas e existentes no processo, conforme doravante será demonstrado.

Em princípio, é importante tecer breves ponderações sobre a alegação perpetrada pelo apelante, de que as testemunhas ouvidas durante a fase inquisitorial e processual são suspeitas de parcialidade, e que, portanto, seus depoimentos não devem ser utilizados como meio de prova na busca pela verdade real.

Nesse passo, bem se sabe que testemunha é a pessoa que toma conhecimento de algo juridicamente relevante, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, depondo sobre os fatos, agindo sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade (CPP, art. 203).

Com efeito, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, de modo a torná-la suspeita de parcialidade, ou indigna de fé (CPP, art. 214). Segundo Nucci[3], contradita é "*a impugnação ou objeção apresentada pela parte, geralmente, em relação à testemunha arrolada pelo adversário*".

Após a qualificação da testemunha, a parte interessada deverá oferecer a contradita, arguindo qualquer impedimento, falsa identidade ou outro motivo, de modo a tornar a testemunha impedida de depor ou de fazê-lo sob compromisso.

Não fazendo nessa oportunidade, ou seja, antes de iniciado o depoimento, precluir-se-á o direito da contradita e, com isso, a possibilidade de que seja arguida eventual matéria capaz de indicar a parcialidade da testemunha, de forma a tornar seu depoimento indigno de veracidade.

Na situação particular, pode-se verificar que as testemunhas ouvidas no processo prestaram depoimento sob o compromisso de dizer a verdade, sendo advertidas das consequências penais decorrentes de eventual falso testemunho. Não houve, pois, qualquer contradita às testemunhas, de modo que essa situação, portanto, é suficiente para atribuir idoneidade aos respectivos depoimentos.

Aliás, como as testemunhas não foram contraditadas no momento oportuno, ou seja, antes de iniciados os seus respectivos depoimentos, houve preclusão desse direito, de modo que nessa ocasião, não pode ser admitida qualquer manifestação da defesa do apelante no sentido da discussão sobre a parcialidade das testemunhas, haja vista a presunção de credibilidade estabelecida acerca de tudo o que foi por elas relatado.

3 Manual de processo penal e execução penal – 2. ed., rev. Atual. E ampl. - São Paulo: Editora RT, 2006, p. 445.

Assim, a tese de parcialidade das testemunhas deve ser, desde logo, afastada. Ultrapassada essa questão, passo à análise da pretensão do apelante.

Sustentou, nesse ponto, que a decisão dos jurados foi contrária a prova dos autos. No seu entender, não há qualquer elemento de prova concreto capaz de comprovar **(i)** o excesso de velocidade com que o apelante conduzia seu veículo, **(ii)** a existência de racha, **(iii)** a embriaguez do apelante, **(iv)** o desrespeito à sinalização semafórica vermelha, **(v)** a configuração de dolo eventual, **(vi)** a existência de nexo causal entre o acidente e a morte da vítima e **(vii)** a autoria e materialidade do crime de homicídio.

a. Excesso de velocidade:

Durante a instrução processual, foram coligidas provas suficientes no sentido de comprovar que, realmente, o apelante, na ocasião dos fatos descritos na denúncia, conduzia seu veículo em velocidade excessiva, superior àquela permitida na via por onde trafegava.

Em princípio, destaco o Laudo Pericial, confeccionado na ocasião dos fatos pelo Instituto de Criminalística (fls. 327-342), onde há afirmação de que o apelante trafegava com seu veículo (Chevrolet/ Vectra – V1) ***com velocidade em torno de 110 Km/h*** (cento e dez quilômetros por hora). Além disso, relatou o perito que "***a velocidade excessiva desenvolvida pelo veículo Chevrolet/Vectra (V1), foi a causa agravante do acidente***".

Ainda, a testemunha Alexandre da Silva Flores, que presenciou os fatos, em sua oitiva na fase de inquérito (fls. 18-19), afirmou que naquela ocasião, estava defronte ao edifício onde trabalhava, localizado na Av. Afonso Pena, conversando com outros colegas, "*quando perceberam um veículo Fiat Uno de cor azul e um veículo Vectra de cor preta passando pela Av. Afonso Pena sentido bairro/centro em* ***altíssima velocidade****, demonstrando que os condutores de ambos os veículos estavam* ***"tirando racha"****; (...)*". Aliás, esses relatos foram ratificadas integralmente pelo depoente na fase processual (fls. 588-589).

A propósito, as afirmações contidas no depoimento acima indicado foram corroboradas pelas testemunhas Edson de Freitas Soares e Vanderlei Barbosa Silva, também presenciais, que, ouvidas durante a fase policial (fls. 20-21 e 22-23), fizeram, também, menção à "altíssima velocidade" em que o apelante conduzia seu veículo, e, igualmente, que o apelante estava "tirando racha". Essas versões foram ratificadas em juízo (fls. 590-592 e 593-594).

Outrossim, a testemunha presencial Rafael Valler, inquirido durante a etapa policial (fls. 392-393), afirmou que "*descia a Avenida Afonso Pena sentido centro, vez que pretendia lanchar no Mc Donald's, quando próximo à CIPTRAN,* ***passaram dois veículos, um VECTRA*** *e um FIAT UNO, ambos de cor escura,* ***em alta velocidade, disputando racha****. (...)*". Esses relatos foram confirmados na fase judicial (fls. 706-710).

Por demais, é preciso ponderar que **o próprio apelante**, em seu interrogatório final, realizado na Sessão do Tribunal do Júri, **confirmou a versão de que conduzia seu veículo com excesso de velocidade**. Nesse ponto, indagado pelo Juiz-presidente sobre qual a velocidade desenvolvida na via urbana antes do acidente, respondeu: "**eu creio que uns 100**" (fls. 1.298-1.305).

Afirmou, portanto, que trafegava a 100 Km/h (cem quilômetros por hora) em uma via cuja velocidade máxima permitida, segundo o Código de Trânsito Brasileiro, é de 60 Km/h (sessenta quilômetros por hora). É evidente, pois, a velocidade excessiva com a qual o apelante conduzia seu veículo, estando esse fato, dessa forma, em plena harmonia com o conjunto probatório existente em âmbito do processo.

Com efeito, estabelecida a prova sobre o excesso de velocidade, é possível que seja materializada, com isso, a incidência da qualificadora do crime de homicídio, prevista no artigo 121, §2º, IV do Código

Penal. No caso, a infração penal foi praticada com o emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, a qual não teve como evitar a colisão em razão da alta velocidade do veículo conduzido pelo apelante, sendo surpreendida com ele ultrapassando o sinal vermelho.

b. Disputa automobilística - "Racha":

De igual forma, nesse ponto, as provas existentes no processo são claras em sinalizar que, realmente, o apelante, antes de colidir seu veículo com o da vítima, participava de uma disputa automobilística não autorizada, da qual era participante, também, o coacusado Willian Jhony de Souza Ferreira.

Nesse sentido são as testemunhas presenciais Alexandre da Silva Flores (fls. 18-19 e 588-589), Edson de Freitas Soares (fls. 20-21 e 590-592), Vanderlei Barbosa Silva (fls. 22-23 e 593-594) e Rafael Valler (fls. 392-393 e 706-710), indicadas no item anterior, cujos depoimentos foram uníssonos no sentido afirmar ***que o apelante participava de um "racha", em alta velocidade***.

Demais disso, é de salutar importância ressaltar que o coacusado Willian Jhony de Souza Ferreira, na oportunidade do seu interrogatório realizado durante a Sessão de Julgamento no Tribunal do Júri, confessou, claramente, que ele e o apelante empreenderam uma disputa automobilística em via pública (fls. 1.291-1.297).

Com efeito, ao ser indagado pelo Juiz-presidente e pelo Promotor de Justiça se, de fato, havia sido disputado um racha com o apelante, Willian respondeu: "***ele saiu do semáforo da Rio Grande do Sul, acelerando, eu acelerei também, e a gente nesse momento começou uma corrida***. *(...). Ele acelerou, eu também acelerei, nesse momento* ***começou uma disputa***. *(...). Ele estava na minha frente, eu estava tentando alcançá-lo. (...)*".

Veja, com isso, que o próprio coacusado confessou a existência da disputa automobilística, não autorizada pela legislação vigente. Afirmou, claramente, que o apelante participava dessa disputa, indicando, com detalhes, às circunstâncias fáticas da situação concreta referentes a essa "competição" ilegal.

Portanto, diante dos elementos de prova acima apontados, não há qualquer dúvida sobre o fato de que o apelante, realmente, antes do acidente automobilístico, disputava um "racha", em velocidade incompatível com o tráfego urbano, e em completo desacordo com a regulamentação legal.

A propósito, quanto à delação do coacusado Willian Jhony de Souza Ferreira sobre o "racha" e a participação do apelante nessa disputa, é importante ressaltar que não há, nessa declaração, qualquer irregularidade capaz de impedir que essa prova deixe de ser utilizada na busca pela verdade real.

Como se sabe, a delação é configurada quando no transcorrer do interrogatório, além de confessar a infração, o interrogado declina, também, o nome de outros comparsas. É, pois, meio de prova, notadamente válido e utilizável na busca pela verdade real, sobretudo quando corroborada pelos demais elementos probatórios colhidos durante a fase de instrução processual.

Nesse sentido, aliás, são os seguintes julgados:

> *"Mantém-se a sentença condenatória quando, ainda que negada a autoria pelo agente, sua participação encontra-se amparada na delação feita pela codenunciada, nas declarações das vítimas, que o reconheceram como um dos autores do roubo, e no depoimento de um policial."* (Apelação Criminal - Reclusão - N. 2009.011328-7/0000-00 - Campo Grande.Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes. Publicação: 25/09/2009. N. Diário: 2.053).

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – DELAÇÃO DE CORRÉU – DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS – RETRATAÇÃO EM JUÍZO – ALEGAÇÕES INVEROSSÍMEIS – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Mantém-se a condenação quando a autoria resta confirmada pelas provas colhidas, consubstanciada na delação de corréus na fase extrajudicial, que está em harmonia com as demais provas dos autos."* (Apelação Criminal - Reclusão - N. 2010.015041-6/0000-00 – Dourados - Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia - Primeira Turma Criminal – 31.1.2011).

No caso particular, como apontado em linhas pretéritas, além da delação perpetrada pelo coacusado, os depoimentos das testemunhas presenciais "Alexandre da Silva Flores" (fls. 18-19 e 588-589), "Edson de Freitas Soares" (fls. 20-21 e 590-592), "Vanderlei Barbosa Silva" (fls. 22-23 e 593-594) e "Rafael Valler" (fls. 392-393 e 706-710) foram uníssonos em comprovar a existência da disputa automobilística não autorizada, da qual participava o apelante.

Ademais, é preciso destacar que a delação foi submetida ao contraditório, tendo sido concedida, à defesa do delatado – ora apelante – o direito de perguntas, adstritas ao seu conteúdo, no transcorrer do interrogatório do coacusado Willian, que foi palco dessa delação.

Assim, considerando que a delação está amparada pelas demais provas existentes em âmbito do caderno processual, e considerando, também, que o conteúdo delatado foi submetido ao crivo do contraditório, é possível que seja atribuído *status* probatório à delação, de modo a possibilitar sua utilização como meio de prova eficaz à busca pela verdade real, ficando, pois, afastada qualquer alegação de irregularidade ou nulidade dessa prova.

Ainda, é preciso ressaltar que não merece qualquer guarida a tese do apelante de que o "racha" havia terminado antes do acidente. Ora, não se faz crível esse entendimento em razão da excessiva velocidade em que o apelante trafegava no momento do acidente, que, segundo a perícia técnica (fls. 327-342), atingia a média de 110 Km/h (cento e dez quilômetros por hora).

Esse excesso de velocidade, além de estar em desarmonia à velocidade máxima permitida naquela via urbana (60 Km/h), vislumbrava-se compatível com velocidades equivalentes àquelas imprimidas em disputas automobilísticas conhecidas popularmente como "rachas", situação que nos permite concluir que, no momento do acidente, o apelante ainda conduzia seu veículo movido por sentimento de competição.

Por demais, sendo tranquila a prova sobre o "racha", é de todo oportuno ponderar que essa disputa desautorizada é capaz de configurar a aplicação da qualificadora do crime de homicídio estampada no artigo 121, §2º, II do Código Penal, de modo a concluir que o apelante agiu por emulação, ou seja, para satisfazer sentimento próprio de vitória.

c. Embriaguez:

Em primeiro lugar, é preciso destacar que o apelante, horas antes do acidente, estava, na companhia de amigos, em uma casa noturna localizada nesta capital, denominada "Valentino Bar". Por requisição da autoridade policial, o responsável pelo estabelecimento disponibilizou as comandas de consumo do apelante e dos amigos que lhe faziam companhia na ocasião (fls. 207-210).

A partir desse documento, pôde-se verificar que o apelante e seus amigos consumiram quantidade considerável de bebidas alcoólicas, havendo, nesse sentido, menção do consumo de 3 (três) tequilas e 7 (sete) garrafas de cerveja de 600 ml (seiscentos mililitros) cada.

Aliás, o apelante, em seu interrogatório prestado na fase de inquérito (fls. 60-61), e, também, nos demais prestados durante a etapa processual (fls. 382-383, 720-726 e 1.298-1.305), sempre confessou, de forma espontânea, que procedeu à ingestão de bebidas alcoólicas, todas consumidas na casa noturna frequentada naquela ocasião.

Nesse mesmo sentido, hei por bem destacar os depoimentos prestados por kennethy Gonçalves Pereira da Silva (fls. 43-44 e 614-616), onde, também, houve afirmação no sentido de que presenciou o apelante fazer uso de bebidas alcoólicas na noite em que aconteceu o acidente automobilístico.

Ainda, a corroborar com essa tese, exsurgem os depoimentos prestados pelo coacusado Willian Jhony de Souza Ferreira, que em seus interrogatórios (fls. 15-16, 387-388 e 716-719), relatou, igualmente, que presenciou o apelante consumindo bebidas alcoólicas.

Também, as testemunhas Alex Lopes Nantes e Giuliano de Oliveira Theodoro, ambos policiais militares, que atenderam a ocorrência do acidente automobilístico (fls. 140-146), quando inquiridas na fase de inquérito (fls. 229-230 e 376-378), foram uníssonas em relatar que, em contato com o apelante, puderam perceber que ele apresentava sinais aparentes de embriaguez. Nesse aspecto, na etapa processual, quando ouvida (fls. 607-609), a testemunha Alex, ao ser indagada pelo juiz se o acusado apresentava sinais aparentes de embriagues, respondeu: *"No momento que a gente cegou no hospital, que foi o primeiro contato que a gente teve com ele, ele tinha, estava sonolento né, não sei se por causa do acidente, olhos vermelhos* ***e tinha um odor etílico*** *né, até por isso foi solicitado que ele fizesse o teste*" (destaquei).

Outrossim, a corroborar com a tese de embriaguez, é de salutar importância que seja feita menção ao documento de fls. 347-348, elaborado por requisição da autoridade policial, por meio do qual houve a constatação de que o apelante, na ocasião dos fatos, **apresentava sinais notórios de embriaguez**.

Destaca-se, ademais, o depoimento prestado pelo genitor do apelante (fls. 63-64), cujo relato foi no sentido de que em contato com o filho após o acidente, este lhe confessou que havia ingerido bebida alcoólica do tipo "cerveja" em uma lanchonete em que havia comparecido com amigos antes do sinistro.

Por fim, ressalto a existência das reproduções fotográficas juntadas às fls. 232-235, tiradas no interior da casa noturna "Valentino Bar" no dia do acidente automobilístico. Em uma daquelas fotografias, o apelante aparece segurando uma garrafa de cerveja, e nas demais, ele sempre foi flagrado próximo ao bar da respectiva casa noturna.

Assim, diante de todos esses elementos de provas que foram acima destacados, é possível concluir, com absoluta clareza, que o apelante havia feito uso de bebidas alcoólicas naquela ocasião, de modo que, portanto, a condução do seu veículo deu-se, evidentemente, sob a influência de álcool, em estado de embriaguez.

d. Avanço do "sinal vermelho":

A esse respeito, há, também, prova suficiente no sentido de comprovar que, realmente, o apelante, infringindo as regras de trânsito, desrespeitou a sinalização semafórica, avançando o sinal vermelho, e interceptando a trajetória desenvolvida pela vítima.

Nessa perspectiva, é de suma importância que seja destacado o depoimento da testemunha Alexandre da Silva Flores, que presenciou o acidente automobilístico. Com efeito, na etapa inquisitorial (fls. 18-19), quando ouvido sobre os fatos, a testemunha afirmou o seguinte:

> *"(...)* ***que o local possui semáforo****, sendo que de onde o depoente e seus colegas estavam dava para vê-lo,* ***podendo afirmar com toda certeza que no momento do choque***

entre os veículos o semáforo estava na cor vermelha para quem trafegava na Av. Afonso Pena e, por conseguinte, estava na cor verde para quem trafegava pela Rua José Antônio. *(...).” (destaquei).*

Já na etapa processual, na fase de instrução, quando inquirido (fls. 588-589), Alexandre testemunhou que:

> *“(...)*
>
> *DEPOENTE: foi assim mais ou menor, nós estávamos na frente do edifício, nós três conversando, era por volta das três, três e meia, não me lembro direito o horário. Nós estávamos conversando, nós três e eu escorados no carro, quando nós escutamos o carro vindo. Daí nós estávamos lá conversando, daí ainda falei assim: “olha, esses caras estão correndo hein”. Daí (...) eles passaram por nós, um Vectra e um Uno, o Uno ficou para trás e o Vectra, o Vectra passou. Ainda, meu colega falou: “imagina se esse carro bate”?* ***Quando ele terminou (…) de falar, bateu o carro, nós só escutamos a pancada, passando o sinal vermelho, que dava pra ver da onde nós estávamos, e dava pra ver****.*
>
> *(...)*
>
> *MP:* ***O senhor falou que ele teria violado um semáforo, minha pergunta é a seguinte, ele violou todos os semáforos ou algum deles só****?*
>
> *DEPOENTE:* ***Eu consegui ver, eu só vi um****.*
>
> *MP:* ***De qual cruzamento****?*
>
> *DEPOENTE:* ***O da menina****.*
>
> *MP: Estou satisfeito, Doutor. Obrigada senhor Alexandre.*
>
> *JUIZ:* ***Só esclarece um detalhe quanto à pergunta do Promotor, o semáforo que o senhor se referiu da menina, esclarece melhor, que semáforo é esse****?*
>
> *DEPOENTE:* ***É o semáforo do Belisco****.*
>
> *JUIZ: De onde ocorreu o acidente?*
>
> *DEPOENTE:* ***de onde ocorreu o acidente****.*
>
> *JUIZ:* ***Que estava vermelho para o acusado Anderson****?*
>
> *DEPOENTE:* ***Isso****.*
>
> *(...)”. (destaquei).*

A prova testemunhal acima apontada, embora seja a única contundente nesse sentido, deve receber relevante valor na busca pela verdade real, principalmente porque está em plena sintonia com os demais elementos probatórios existentes no processo, de modo que, portanto, é suficiente para comprovar que, realmente, houve violação da sinalização semafórica por parte do apelante.

Em primeiro lugar, é preciso ponderar que, no caso, devem ser levadas em consideração a segurança e a sinceridade verificada a partir da análise da prova testemunhal, de forma a possibilitar que seja possível atribuir presunção de veracidade a tudo aquilo foi deposto pela testemunha em âmbito da fase de persecução penal.

Como se sabe, a norma processual penal menciona que a testemunha fará a promessa de dizer a verdade, sob palavra de hora, comprometendo-se a narrar, sinceramente, o que sabe sobre os fatos relevantes que serão indagados pelo juiz. Trata-se, pois, do compromisso de dizer a verdade.

Nesse aspecto, o compromisso consubstancia formalidade legal que demonstra à pessoa a ser ouvida o seu dever jurídico de dizer a verdade, a qualquer custo. Daí, é possível que seja atribuída credibilidade e idoneidade ao que foi dito pela testemunha na ocasião de sua oitiva. Logo, permite-se que o depoimento da testemunha seja eleito como elemento de prova eficaz e eficiente para formação do convencimento do julgador.

Com efeito, no caso, a testemunha Alexandre da Silva Flores, cujo depoimento foi acima transcrito, na ocasião de sua inquirição, foi regularmente compromissada e, também, advertida das consequências penais que poderiam advir de eventuais declarações falsas.

Em razão desse compromisso, é necessário que se conclua que a testemunha declarou exatamente a verdade acerca dos fatos presenciados, de modo que o seu depoimento, portanto, deve ser considerado suficiente para comprovar que, realmente, o apelante procedeu ao avanço do sinal vermelho, embora seja a única prova existente nos autos nesse sentido.

É necessário, também, que a idoneidade desse elemento de prova seja verificada de acordo com os demais aspectos probatórios existentes em âmbito do processo.

Na vertente situação, a testemunha Rafael Valler relatou, em sua oitiva (fls. 706-710), que presenciou o apelante transpor dois semáforos que indicavam sinalização vermelha. Afirmou, ainda, que esses semáforos eram exatamente os dois anteriores ao cruzamento da Av. Afonso Pena com a Rua José Antônio, onde aconteceu o acidente. Nesse sentido, destaco o seguinte trecho do seu depoimento:

> *"(...)*
>
> *JUIZ: Apenas para fins de esclarecer uma pergunta da Promotoria, eu vou até reforçar ela agora para depois dar oportunidade às DEFESAS contraditar. O promotor perguntou para o senhor se um dos acusados, ou os dois acusados ultrapassaram vários semáforos, inclusive o do local do acidente, cujos estavam vermelhos. E o senhor respondeu, todavia, ficou jogado uma palavra "não" ali e na hora de a gente ler o teu depoimento, pode suscitar dúvida, porque é uma pergunta importante, da mesma forma, importante a resposta. Então, eu vou formular novamente a mesma pergunta, o senhor responde sim ou responde não, tá?* ***A pergunta feita pela Promotoria é se os acusados ultrapassaram vários sinais vermelhos****?*
>
> *DEPOENTE:* ***É, eu vi dois sinais vermelhos****.* ***O próximo*** ***não vi, o do Obelisco lá na frente eu não vi se estava vermelho ou não, porque estava muito longe****.*
>
> *JUIZ: O semáforo do local do acidente deu para você ver a cor? Era vermelho?*
>
> *DEPOENTE: Não, eu não vi. Não deu para mim ver.*
>
> *(...)." (destaquei).*

Nesse mesmo sentido ainda foi o depoimento da testemunha Edson de Freitas Soares (fls. 590-592), que relatou ter visto o apelante ultrapassando o semáforo vermelho, instalado no cruzamento anterior àquele onde aconteceu o acidente. Vejamos o seguinte trecho:

> *"(...)*

DEPOENTE: (...). Ai quando eu olhei para trás ele já estava cruzando o sinal lá, que eu olhei já tinha cruzado o sinal, só escutei a batida. Foi o que chamou atenção.

MP: Que sinal é esse, ao qual o senhor se refere?

DEPOENTE: Primeiro sinal ali, primeiro sinal ali. Que lá do prédio a gente vê bem, é o primeiro sinal.

*MP: **Esse ele passou vermelho**?*

*DEPOENTE: **Passou, passou direto e já bateu lá embaixo**.*

*MP: **E estava vermelho o semáforo?***

DEPOENTE: Estava.

*MP: **Esse semáforo que estava vermelho é o da 13 de Junho e o da José Antônio, os dois ou um deles**?*

*DEPOENTE: **o que eu pude ver foi o de cá, o primeiro sinal**, o de lá eu não pude ver, eu vi o de cá que passou, que estava vermelho.*

MP: o de cá é o primeiro a partir do Tower?

DEPOENTE: Exatamente.

*MP: **O da Rua 13 de Junho**?*

*DEPOENTE: **Isso**.*

(...).” (destaquei).

A partir desses elementos, pode-se verificar que embora as testemunhas Rafael Valler e Edson de Freitas Soares não tenham relatado que o apelante ultrapassou, no vermelho, o sinal do cruzamento onde houve o acidente – Avenida Afonso Pena com a Rua José Antônio – ambos foram uníssonos em afirmar que presenciaram o apelante desrespeitando a sinalização semafórica nos cruzamentos imediatamente antecedentes.

Logo, é possível concluir que a forma com a qual o apelante conduzia seu veículo, infringiu, de morte, as disposições legais consagradas em âmbito da legislação de trânsito. A conduta adotada pelo apelante no trânsito deve ser considerada, no mínimo, temerária, haja vista que trafegava em uma das principais Avenidas desta capital, em excesso de velocidade, e sob a influência de álcool, transpondo, inadvertidamente, a sinalização semafórica vermelha.

Ora, se nos cruzamentos anteriores àquele onde ocorreu o acidente os semáforos com “sinal vermelho” não foram respeitados, é possível que se conclua que a sinalização semafórica do local da colisão também foi infringida, dada a reiteração da conduta temerária do apelante nos instantes que antecederam o abalroamento, e sobretudo, o sistema de sincronização que regula a abertura e fechamento dos semáforos em âmbito da Avenida Afonso Pena (fls. 961-966), que funcionava naquela ocasião.

Houve, portanto, desrespeito a normativa básica de tráfego, prevista na legislação de trânsito, que, aliás, não pode ser ilidida por qualquer costume ou crença popular de que não é necessário parar, de madrugada, nos sinais de trânsito.

Daí, em razão desses elementos, o depoimento da testemunha Alexandre da Silva Flores ganha maior relevância e idoneidade, haja vista que está em plena sintonia com os demais elementos de prova coligidos durante a fase de instrução processual, que foram acima apontados.

Por demais, é preciso ponderar que o apelante anexou ao recurso algumas reproduções fotográficas (fls. 1.431-1.440), tudo no sentido de comprovar que a testemunha Alexandre da Silva Flores, do local onde estava, não tinha condições perfeitas de visibilidade para afirmar que houve transposição da sinalização semafórica vermelha no cruzamento do acidente.

Nesse ponto, no entanto, razão nenhuma há ao recorrente.

Inicialmente, é preciso que seja ponderado que não há qualquer indício concreto mínimo capaz de comprovar que as reproduções fotográficas acima indicadas retratam, realmente, a exata visibilidade da testemunha. Também, não se pode afirmar, com absoluta convicção, que essas fotografias foram tiradas da mesma posição que era ocupada pela testemunha na ocasião dos fatos.

Portanto, diante desses elementos, não há qualquer possibilidade de que as imagens fotográficas acima mencionadas sejam acolhidas, de modo a desnaturar o depoimento da testemunha Alexandre da Silva Flores. Logo, deve prevalecer o depoimento da testemunha, que, como dito, depôs sob o compromisso de dizer a verdade, circunstância que atribuiu idoneidade e credibilidade aos seus relatos.

e. Dolo eventual:

Como se sabe, o dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável, assumindo, pois, o risco da produção do resultado (CP, art. 18, I, *in fine*).

Segundo nos ensina Eugênio Pacelli[4]:

> *"A prova do dolo (também chamado de dolo genérico) e dos elementos subjetivos do tipo (conhecidos como dolo específico) penal, são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras da expediência comum do que ordinariamente acontece. É a via da racionalidade".*

No caso específico dos crimes de trânsito, a jurisprudência consagrou entendimento no sentido de existir dolo eventual na conduta do agente responsável por graves crimes praticados na direção de veículo automotor. Nesse ponto, defende-se que o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas sim das circunstâncias do fato.

A propósito, a esse respeito, são os seguintes julgados:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS. "RACHA". PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PRETENDIDA.*
>
> *I – É de ser reconhecido o prequestionamento quando a questão, objeto da irresignação rara, foi debatida no acórdão recorrido.*
>
> *II – Se plausível, portanto, a ocorrência do dolo eventual, o evento lesivo - no caso, duas mortes - deve ser submetido ao Tribunal do Júri. Inocorrência de negativa de vigência aos arts. 308 do CTB e 2º, parágrafo único do C. Penal.*

4 Curso de Processo Penal – 17. ed. rev. Ampl. Atual. - São Paulo: Atlas, 2013, p. 333.

III – Não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual em delitos praticados no trânsito. Na hipótese de "racha", em se tratando de pronúncia, a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser calcada em prova por demais sólida. No iudicium accusationis, inclusive, a eventual dúvida não favorece os acusados, incidindo, aí, a regra exposta na velha parêmia in dubio pro societate.

IV – ***O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, provável****.*

V – O tráfego é atividade própria de risco permitido. O "racha", no entanto, é – em princípio – anomalia extrema que escapa dos limites próprios da atividade regulamentada.

Recurso não conhecido.

(REsp 249.604/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2002, DJ 21/10/2002, p. 381).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS DOLOSOS. PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE. QUAESTIO FACTI E QUAESTIO IURIS. REEXAME E REVALORAÇÃO DA PROVA. I – É de ser reconhecido o prequestionamento quando a questão, objeto da irresignação rara, foi debatida no acórdão recorrido.

II – É de ser admitido o dissídio pretoriano se, em caso semelhante, no puctum saliens, há divergência de entendimento no plano da valoração jurídica. III – ***Não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual em delitos praticados no trânsito. Na hipótese de "racha", em se tratando de pronúncia, a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser calcada em prova por demais sólida. No iudicium accusationis, inclusive, a eventual dúvida não favorece os acusados, incidindo, aí, a regra exposta na velha parêmia in dubio pro societate****. IV –* ***O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, provável.***

V – ***O tráfego é atividade própria de risco permitido. O "racha", no entanto, é – em princípio – anomalia que escapa dos limites próprios da atividade regulamentada.*** *VI – A revaloração do material cognitivo admitido e delineado no acórdão reprochado não se identifica com o vedado reexame da prova na instância incomum. Faz parte da revaloração, inclusive, a reapreciação de generalização que se considera, de per si, inadequada para o iudicium acusationis.*

Recurso provido, restabelecendo-se a pronúncia de primeiro grau. (REsp 247263/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2001, DJ 20/08/2001, p. 515, REPDJ 24/09/2001, p. 329).

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. HOMICÍDIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE. REVALORAÇÃO DE PROVAS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Considerando que ***o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato****, na hipótese em que a denúncia se limita a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade), não há como concluir pela existência do dolo eventual. Para tanto,* ***há que evidenciar***

> ***como e em que momento o sujeito assumiu o risco de produzir o resultado, isto é, admitiu e aceitou o risco de produzi-lo***. *Deve-se demonstrar a antevisão do resultado, isto é, a percepção de que é possível causá-lo antes da realização do comportamento. 2. Agravo a que se nega provimento."*
>
> (AgRg no Ag 1189970/DF, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/05/2010).

O posicionamento jurisprudencial acima aventado, de que existe dolo eventual nos delitos de trânsito, é amparado, sem dúvidas, nas diversas campanhas educativas realizadas nas últimas décadas, demonstrando os inúmeros riscos da direção perigosa, como se dá, principalmente, no "racha" e no "excesso de velocidade" em via pública.

Tais advertências são suficientes para esclarecer os motoristas sobre a vedação legal de tais comportamentos, bem como dos resultados danosos que, em razão delas, são rotineiramente produzidos. E, se mesmo assim o condutor de veículo automotor continua a agir de forma temerária, revela inequivocamente sua indiferença com a vida e a integridade corporal alheia, devendo, pois, responder pelo crime doloso a que der causa.

No vertente caso, as circunstâncias peculiares do caso concreto são uníssonas em sinalizar, de forma clara, que o apelante agiu com dolo eventual.

Apurou-se, pelas provas colhidas durante a instrução processual, que o apelante, conduzindo seu veículo sob a influência de álcool, procedeu ao início de uma disputa automobilística não autorizada, conhecida por "racha", passando a trafegar em alta velocidade, em uma das vias públicas mais movimentadas desta capital (Av. Afonso Pena). Ademais, de forma totalmente incompatível com a legislação de trânsito, transpôs vários semáforos, cuja sinalização indicada a cor vermelha.

Ora, nesse aspecto, é indiscutível que o apelante, com a conduta acima perpetrada, detinha indubitável ciência acerca da previsibilidade de causar um acidente grave, haja vista que seu comportamento era completamente avesso às normas básicas previstas para a condução de veículo automotor.

Era, pois, plenamente previsível, pelas circunstâncias concretas, o risco de causar a morte de outros motoristas que trafegavam pelo local, o atropelamento de transeuntes passavam naquela localidade, ou até mesmo a sua própria morte.

No entanto, embora indubitavelmente ciente desse risco, o apelante prosseguiu com sua conduta, até culminar, fatalmente, a morte da vítima. Esta, aliás, conduzia seu veículo de forma absolutamente regular, inclusive com velocidade compatível com local, quando foi violentamente abalroada pelo veículo do apelante, que, repita-se, trafegava sob a influência de álcool, em velocidade excessiva, disputando "racha" e, transpondo "sinais vermelhos".

Portanto, diante de todas essas evidências concretas, pode-se concluir que o apelante, com sua conduta, assumiu, sim, o risco da produção do resultado "morte", de modo que, dessa forma, agiu com dolo eventual.

Por outro lado, não assiste razão ao apelante quanto à tese de incompatibilidade do dolo eventual com as qualificadoras do delito de homicídio. Com efeito, a jurisprudência consagrou entendimento contrário, no sentido de considerar compatíveis as qualificadoras do crime de homicídio com o dolo eventual.

Nesse sentido, aliás, são os seguintes julgados:

> *"HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2.º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. "RACHA". QUALIFICADORA DO RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DA VÍTIMA. COMPATIBILIDADE COM O DOLO EVENTUAL. PRECEDENTES DESTA CORTE.*
>
> *1.* ***Consoante já se manifestou esta Corte Superior de Justiça, a qualificadora prevista no inciso IV do § 2.º do art. 121 do Código Penal é, em princípio, compatível com o dolo eventual*** *(...).*
>
> *Precedentes.*
>
> *2. Na hipótese, os réus, no auge de disputa automobilística em via pública, não conseguiram efetuar determinada curva, perderam o controle do automóvel e o ora Paciente atingiu, de súbito, a vítima, colidindo frontalmente com a sua motocicleta, ocasionando-lhe a morte.*
>
> *3. Nesse contexto, não há como afastar, de plano, a qualificadora em questão, uma vez que esta não se revela, de forma incontroversa, manifestamente improcedente. 4. Ordem denegada."*
>
> (HC 120.175/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 29/03/2010).
>
> *"****Homicídio qualificado e dolo eventual (compatibilidade)****.Qualificadora do inciso IV (inexistência). Intimação/excesso de linguagem (questões improcedentes).*
>
> *1.* ***São compatíveis, em princípio, o dolo eventual e as qualificadoras do homicídio.*** *É penalmente aceitável que, por motivo torpe, fútil, etc., assuma-se o risco de produzir o resultado.*
>
> *2. A valoração dos motivos é feita objetivamente; de igual sorte, os meios e os modos. Portanto estão motivos, meios e modos cobertos também pelo dolo eventual.*
>
> *3.* ***Inexistência, na hipótese, de antinomia entre o dolo eventual e as qualificadoras do motivo torpe e de recurso que dificultou a defesa das vítimas.***
>
> *4. No caso, entretanto, ausente está, segundo os elementos dos autos, a qualificadora do inciso IV.*
>
> *5. Intimação pessoal e excesso de linguagem – questões suscitadas, mas sem procedência.*
>
> *6. Habeas corpus deferido em parte, a fim de que se exclua do processo a qualificadora do inciso IV do § 2° do art. 121 do Cód. Penal."* (HC 58.423/DF, 6.ª Turma, Rel. Min. NILSON NAVES, DJ de 25/06/2007).
>
> *"PROCESSUAL E PENAL. HOMICÍDIO. DOLO EVENTUAL E SURPRESA. COEXISTÊNCIA.*
>
> *I -* ***O dolo eventual pode coexistir com a forma pela qual o crime é executado. Assim, nada impede que o agente, embora prevendo o resultado morte, o aceite e pratique o ato usando de meio que surpreenda a vítima, dificultando ou impossibilitando a defesa, tal o quadro que entremostra nos autos.***
>
> *II - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO."* (REsp. 57.586/PR, 5.ª Turma, Rel. Min. JESUS COSTA LIMA, DJ de 25/09/1995).

> *"CRIMINAL. HC. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. VÍCIOS NÃO VISLUMBRADOS. FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A PRONÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DELITOS DE TRÂNSITO. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. CULPA CONSCIENTE. IMPROPRIEDADE. QUALIFICADORA. ÓBICE À DEFESA DA VÍTIMA. INCOMPATIBILIDADE COM O DOLO EVENTUAL. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.*
>
> *Não se verifica qualquer ilegalidade na pronúncia exarada contra o paciente, a qual foi restrita à exposição do juízo de admissibilidade da acusação, assim como determina o Código de Processo Penal. Convicto, o Magistrado, a respeito da materialidade do delito doloso contra a vida e das evidências da autoria, rechaçou a tese defensiva relacionada à culpa consciente e acolheu a imputação concernente ao dolo eventual.*
>
> *A pronúncia não ultrapassou a barreira do juízo de admissibilidade da acusação, não se mostrando apta a influenciar ou invadir a competência do Conselho de Sentença. Somente quando evidente a inexistência de crime ou de que haja indícios de autoria – em decorrência de circunstâncias demonstradas de plano e estreme de dúvidas – tão-somente assim, o Julgador pode deixar de pronunciar o acusado.*
>
> *Não se admite a apontada inexistência de correlação entre a denúncia e a decisão que submeteu o paciente ao Tribunal Popular, pois, além de restar evidenciada a correspondência entre a situação fática constante das referidas peças, não se vislumbrou, sequer, a alteração da classificação jurídica dos fatos imputados ao paciente.*
>
> *O exame, na via eleita, da caracterização de dolo eventual ou de culpa, ocasionaria o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes.*
>
> ***O fato de o agente assumir o risco de produzir o resultado, aspecto caracterizador do dolo eventual, não exclui a possibilidade de o crime ser praticado mediante o emprego de recursos que dificultem ou impossibilitem a defesa da vítima. Precedentes.***
>
> *As qualificadoras só podem ser excluídas quando, de forma incontroversa, mostrarem-se absolutamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos – o que não se vislumbra no caso. Ordem denegada."* (HC 36.714/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 01/07/2005).

Assim, não há dúvidas sobre a possibilidade da capitulação simultânea do dolo eventual e das qualificadoras da infração penal de homicídio por "motivo torpe" e "recursos que dificultem ou impossibilitem a defesa da vítima".

f. <u>*Nexo causal existente entre o acidente e a morte da vítima:*</u>

Com efeito, segundo consta do Laudo de Exame Necroscópico realizado na vítima Mayana de Almeida Duarte (fl. 326), "*(...) a* ***morte ocorreu*** *às 23:05 horas, do dia 24/06/2010 no seguinte local: hospital do Coração de Mato Grosso do Sul,* ***em consequência de acidente de tráfego, colisão de veículos, fato este ocorrido às 03:00 horas, no dia 14/06/2010 no seguinte local: Av. Afonso Pena com a Rua José Antônio****. (...).*" (destaquei).

Ainda, o perito médico legista, em resposta aos quesitos, atestou que a *causa mortis* foi **politraumatismo**, gerada por **ação contundente**, ocasionada. Assim, é possível concluir que o acidente automobilístico foi, de fato, a causa da morte da vítima.

Em verdade, embora tenha decorrido breve lapso temporal entre o acidente e o lamentável falecimento da vítima, é certo que *a causa mortis* não foi embasada em causa superveniente absolutamente independente, como defende a defesa do apelante. Não há dúvidas que o tempo transcorrido entre os eventos "acidente" e "morte", deu-se por conta da intensa atividade médica, que atuou de modo a tentar salvar a vida da vítima, mediante a realização dos procedimentos necessários e aplicáveis à situação.

No entanto, não obstante à eficaz intervenção médica, a vida da vítima não pôde ser salva, principalmente em razão da gravidade das lesões sofridas, todas em razão do violento acidente automobilístico causado pelo apelante.

Dessarte, os elementos de prova existentes no processo são tranquilos em demonstrar que o falecimento da vítima Mayana de Almeida Duarte foi causado pelo acidente automobilístico descrito na peça acusatória.

g. Materialidade e autoria:

A materialidade delitiva está, na situação vertente, consubstanciada pelo Laudo de Exame de Corpo de Delito da vítima (fl. 326), Laudo Pericial de Exame Local (fls. 327-342) e pelo boletim de ocorrência elaborado pela autoridade policial de trânsito (fls. 130-146).

Esses documentos retratam, de forma pormenorizada, toda a dinâmica do acidente automobilístico, indicando a existência de vítima fatal, bem como todas as circunstâncias fáticas que contribuíram para a ocorrência desse sinistro.

De outro lado, há provas tranquilas no sentido de que o apelante, na noite dos fatos, encontrava-se em uma casa noturna desta capital, ocasião em procedeu ao consumo de bebidas alcoólicas. Quando deixou aquele local, passou a conduzir seu veículo sob a influência de álcool, trafegando em velocidade excessiva e incompatível com a permitida para a via pública. Ainda, empreendeu disputa automobilística não autorizada, transpondo a sinalização semafórica vermelha do local, assumindo, pois, o risco de eventual resultado "morte" por acidente de trânsito.

Pode-se verificar, portanto, que as provas colhidas durante a fase de instrução processual são tranquilas em comprovar tanto a materialidade quanto a autoria delitiva dos crimes imputados ao apelante.

4. Disposições finais:

Posto isso, com o parecer, conheço do recurso de apelação interposto por Anderson de Souza Moreno, mas **nego-lhe provimento**, mantendo, pois, inalterada a sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Dorival Moreira dos Santos e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 08 de julho de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0052905-52.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL ACUSATÓRIA – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRETENDIDA A REFORMA DA SENTENÇA QUE REJEITOU A REPRESENTAÇÃO DO APELANTE – NÃO ACOLHIMENTO – VULNERABILIDADE PRESUMIDA NÃO PODE SER CONSIDERADA ABSOLUTA – ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA – INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO – REJEIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO

1. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade é a proteção da liberdade sexual contra o abuso e a violência. Quando há consentimento devem ser analisadas todas as circunstâncias do caso. É certo que quando os envolvidos estão na situação legal de criança e de adolescente merecem toda proteção legal, em razão de peculiar inexperiência de vida decorrente da pouca idade. Contudo, não se pode estabelecer caráter absoluto à presunção de vulnerabilidade, devendo ser analisado com amparo nas circunstâncias do caso concreto.

2. Para que seja autorizada a intervenção da jurisdição penal, é imprescindível a comprovação da existência de uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Em havendo consentimento no tocante à realização do ato sexual, não há lesão à liberdade sexual, o que atinge a tipicidade material da conduta.

3. Não deve ser reconhecida a configuração de ato infracional equiparado ao estupro de vulnerável quando a idade dos envolvidos se equiparam, haja vista que, nessa situação, ambos estariam no mesmo patamar, inexistindo, pois, a situação de vulnerabilidade ou a prevalência da vontade de um em detrimento da vontade do outro. Há indicativos, no caso, de necessidade de acompanhamento dos pais de ambos os envolvidos no caso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 5 de agosto de 2013.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público Estadual, contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Campo

Grande – MS, que rejeitou a representação formulada pelo apelante, em razão da atipicidade material da conduta nela descrita.

Em suas razões, postulou pela reforma da sentença, no sentido de que a representação seja recebida, para regular instrução e julgamento do processo. Por fim, para fins de prequestionamento, postulou por expressa manifestação sobre o art. 184 da Lei 8.069/90 e art. 129, inc. I da Constituição Federal.

A defesa do apelado ofereceu contrarrazões (fls. 112-126).

Em juízo de retratação (fls. 127-135), o magistrado singular manteve inalterada a sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 139-147, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público Estadual, contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Campo Grande – MS, que rejeitou a representação formulada pelo apelante, em razão da atipicidade material da conduta nela descrita.

Narrou a representação que:

> *"No dia 20 de setembro de 2012, por volta das 18h00min, na Rua Araçatuba, nº 237, bairro Vila Aimoré, nesta capital, o representado L.F.T. constrangeu a vítima K.V.C., de apenas 10 (dez) anos de idade, a praticar ato libidinoso diverso de conjunção carnal.*
>
> *Conforme apurado, na data dos fatos a vítima foi convidada pelo representado L. e o adolescente T. para irem até a residência do último, no que aquiesceu sem hesitar, sendo que no caminho chamaram H., primo da vítima, que também os acompanhou até a casa.*
>
> *Ao chegarem à residência a vítima foi levada para um quarto e questionada pelos adolescentes se queria manter relações sexuais com eles, sendo que diante da negativa T. e H. saíram do cômodo deixando apenas o representado L. e a vítima no local.*
>
> *Ao ficar sozinhos, L. perguntou novamente se K. queria 'FAZER COISA COM ELE', ao que ela respondeu que não sabia. Assim o representado passou a beija-la e, em seguida, retirou-lhe a calça que trajava.*
>
> *Após a troca de carícias, L. colocou um preservativo e praticou coito anal com K., relação que durou entre 5 (cinco) a 10 (dez) minutos, segundo relatado pelo própria vítima."*

Diante desses fatos, o Ministério Público Estadual ofereceu representação em desfavor do adolescente L. F. T. (fls. 1-5), pela prática, em tese, de ato infracional equiparado ao delito de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A). Com base no art. 395, inc. II do CPP, o magistrado singular rejeitou a representação, sob o pretexto da atipicidade material da conduta nela descrita (fls. 33-41).

Em razão disso, o órgão acusatório interpôs a presente apelação criminal. Em suas razões (fls. 45-58), postulou pela reforma da sentença, no sentido de que a representação seja recebida, para regular

instrução e julgamento do processo. Por fim, para efeito de prequestionamento, postulou por expressa manifestação sobre o art. 184 da Lei 8.069/90 e art. 129, inc. I da Constituição Federal.

São esses, pois, os fatos que merecem relevância.

Passo, portanto, ao exame recursal.

1. Do recebimento da representação:

Nesse ponto, postulou o apelante pela reforma da sentença, no sentido de que seja recebida a representação formulada, bem como seja ela processada e julgada procedente. Enfatizou que a configuração do tipo penal em evidência não está adstrita ao consentimento da vítima. Relatou, ademais, que o tipo penal do art. 217-A do CP consubstancia hipótese de vulnerabilidade absoluta, pautada exclusivamente em razão da idade do agente. Relatou, por fim, que existem provas suficientes sobre a autoria e a materialidade delitiva, aptas a ensejar a acolhimento integral da representação.

Sem razão.

Deve ser assentado, inicialmente, que a Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, trouxe inovações de grande relevância no âmbito dos crimes sexuais. Uma dessas modificações teve por fim eliminar a antiga denominação acerca da presunção de violência e suas classificações, substituindo essa terminologia pelo estado de vulnerabilidade das vítimas. A intenção do legislador foi clara no sentido de manter incólume a integridade física de determinados indivíduos, supostamente fragilizados em face da pouca idade ou de condições específicas, resguardando-os do início antecipado ou abusivo na vida sexual.

Nos crimes sexuais, é cediço que a situação de vulnerabilidade está relacionada com a capacidade de emissão de consentimento, entendendo-se por vulnerável a pessoa que não detém capacidade para compreender a gravidade da relação sexual.

Com efeito, a inovação legislativa acima mencionada incluiu no diploma penal o art. 217-A, cuja disposição consagra o crime de "estupro de vulnerável". A redação desse dispositivo legal contempla a indicação das pessoas que são enquadradas na condição de vulneráveis. Entre elas, estão os menores de 14 (quatorze) anos, e os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Assim, segundo a disposição legal do art. 217-A do Código Penal, aquele que mantiver conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com qualquer das pessoas acima indicadas incorrerá no delito penal de estupro contra vulnerável. Estabeleceu-se, pois, uma espécie de vulnerabilidade absoluta, por se entender que qualquer das pessoas indicadas no dispositivo legal respectivo não detém capacidade para entender a gravidade e as eventuais consequências negativas que possam advir do início precoce na vida sexual.

Ocorre, porém, que há situações extremas que permitem e exigem a relativização do alcance dessa norma penal incriminadora, tudo no sentido de que seja afastado eventual cometimento de indesejáveis injustiças. Não se pode aplicar a disposição legal do art. 217-A do Código Penal de forma cega, fria e indistinta, devendo, pois, serem apreciadas todas as peculiaridades da situação concreta, no sentido de estabelecer a prevalência da solução mais justa à situação fática posta à análise perante o judiciário.

A doutrina vem discutindo a natureza jurídica da vulnerabilidade nos casos de delitos sexuais. A discussão não se encerra em si mesma, diante da complexidade do tema. No entanto, é importante assentar alguns aspectos que podem nortear a conduta do julgador em casos dessa natureza.

Francisco Dirceu Barros, ao escrever sobre o tema, trouxe primeiramente os aspectos conceituais, dizendo o seguinte:

> *"O conceito de pessoa vulnerável.*
>
> *O Direito Penal não pode conviver com conceitos abstratos, pois não permite interpretação extensiva e nem o uso da analogia in malam partem. Portanto, o conceito de "vulnerável" deverá ser nos termos da lei, ou seja, bem objetivo.*
>
> *O legislador criou dois conceitos para vulnerável:*
>
> ***1. Vulnerável para os fins de configuração do delito de estupro (art. 217-A) será:***
>
> *a) o menor de 14 (catorze) anos;*
>
> *b) toda pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.*
>
> ***2. Vulnerável para os fins de configuração do delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (artigo 218-B do CP), será:***
>
> *a) alguém menor de 18 (dezoito) anos;*
>
> *b) alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:*
>
> *Em realidade, no conceito de vulnerável para os fins do estupro, o legislador apenas estipulou as antigas hipóteses que a lei considerava casos de presunção de violência, a saber:*
>
> *Presume-se a violência, se a vítima: [01[1]]*
>
> *a) não é maior de 14 (catorze) anos;*
>
> *b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;*
>
> *c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.*
>
> ***Controvérsia Doutrinária e Jurisprudencial***
>
> *Havia grande e histórica controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica da presunção de inocência.*
>
> *Quatro teorias se destacavam:*
>
> ***1ª Teoria: Absoluta***
>
> *Interpretando o art. 272 do Código de 1890, que, na época, previa a innocentia consilii dos menores de 16 anos, a doutrina brasileira, na sua ampla maioria, inclinava-se por reconhecer, no caso, a presunção juris et de jure, podendo ser citados, dentre outros*

1 BARROS, Francisco Dirceu. A natureza jurídica da vulnerabilidade nos novos delitos sexuais. **Jus Navigandi,** Teresina. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17215.

defensores desse entendimento, ***Chrysolito de Gusmão, Viveiros de Castro, Galdino Siqueira, Hungria, João Vieira, Bento de Faria, Paulo Teixeira*** *e* ***Macedo Soares.*** *Segundo os defensores dessa posição, as qualidades infracitadas não afastam a presunção de violência, pois a presunção é absoluta, não se admitindo prova em contrário.*

Segundo os defensores dessa posição, as qualidades infracitadas não afastam a presunção de violência, pois a presunção é absoluta, não se admitindo prova em contrário.

a) A presunção de violência é absoluta, prevalecendo, mesmo que a vítima seja namoradeira (RT: 446:350).

b) A presunção de violência é absoluta, prevalecendo, mesmo que a vítima já seja desvirginada (RT: 526:307).

c) A presunção de violência é absoluta, prevalecendo, mesmo que a vítima seja leviana (RT: 482:319).

d) A presunção de violência é absoluta, prevalecendo, mesmo que a vítima seja experiente sexualmente (STF: RECrim 116:649).

2ª Teoria: Relativa

Ensinava o saudoso ***Mirabete [0[2]]*** *que:*

"Sempre se discutiu na doutrina a natureza da presunção pela idade da vítima. A maioria dos doutrinadores, porém, inclina-se pela presunção relativa (juris tantum), mas há ainda defensores da presunção absoluta (juris et de jure). É praticamente pacífico na jurisprudência que a presunção é relativa, admitindo-se prova em contrário, ou seja, de que a menor de quatorze anos já é experiente em matéria sexual, sem moral etc., excluindo-se a presunção. Exige-se, assim, a innocentia consilii do sujeito passivo, ou seja, a sua insciência em relação a fatos sexuais. Mas não exclui a presunção de violência o fato de não ser mais virgem a menor."

3ª Teoria: Mista

Nucci [0[3]] *defende uma presunção mista, ou seja: "Presunção absoluta para a maioria dos casos, especialmente para as pessoas menores de 12 anos; relativa para as situações excepcionais, voltadas aos adolescentes, pessoas maiores de 12 anos."*

4ª Teoria: Constitucionalista

Cernicchiaro ***[0[4]]*** *leciona:*

"O Direito Penal moderno é Direito Penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe ou não existe. O Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. Que se recrudesça a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo

2 MIRABETE, Júlio Fabbrine. Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1999.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. Comentários ao Código Penal, p. 841.

4 CERNICCHIARO, Luiz Vicente. "Estupro: violência presumida". In: RJ, n. 228, out-1996, p. 44.

bem. Corolário do imperativo da Justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade (sentido atual da doutrina), a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva."

Posicionamento Majoritário na Doutrina

Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, a doutrina dominante emprestava um valor relativo, e não absoluto, à presunção. Era posição de ***Delmanto, Hungria, Noronha, Damásio, Mirabete, Paulo José da Costa Jr., Bitencourt, Fragoso, Alberto Silva Franco, Regis Prado, Pierangeli, Marcio Bartoli, entre outros****.*

Posição de Francisco Dirceu Barros:

"Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções absolutas. Portanto, a vulnerabilidade é relativa, porque, na época atual, estaríamos hipocritamente abstraindo a moderna realidade ao negarmos, de forma absoluta, que uma pessoa com idade inferior a 14 anos seja absolutamente vulnerável e não tenha, repito, de forma absoluta, a mínima idéia do que seja uma relação sexual."[5]

Nessa linha também é o posionamento de Camilla Barroso Graça e Claudean Serra Reis, que ao concluírem manifestação sobre o tema dizem:

"(...) Entendemos que durante a infância (menores de 12 anos) e até mesmo parte da adolescência (aqui considerado os menores de 14 anos), a criança encontra-se num processo de formação, seja no plano biológico, psicológico e moral. Que a presença de tais circunstâncias é suficiente para configurar o caráter de "vulnerabilidade" a que elas estão expostas. A vulnerabilidade é ainda maior no campo sexual, pois não devemos desconsiderar o atual contexto em que as redes de pedófilos se espalham como verdadeiro "câncer" em nossa sociedade. Temos que aplaudir e defender como necessária a boa intenção do legislador ao penalizar com maior vigor os delitos sexuais cometidos contra vulneráveis, inclusive classificando-os como crime hediondo.

No entanto não podemos deixar de defender a questão jurídica da presunção de vulnerabilidade, pois se seu caráter absoluto for considerado em todos os casos sem a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa e da presunção de inocência, estaríamos consagrando em nosso direito à temerária responsabilidade objetiva, em que o sujeito ativo responde pelo delito independentemente de culpa ou dolo.

O princípio de "presunção de violência" entendido agora como "presunção de vulnerabilidade" não ignora apenas os avanços sociais e os morais da sociedade, já que ignora também diversos princípios da Constituição Federal de 1988, como o princípio de supremacia. A Constituição Federal não pode ser violada por ser considerada norma maior no ordenamento jurídico, preservando direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e da coletividade.

Assim, optamos por acompanhar a doutrina majoritária na defesa da vulnerabilidade relativa que admite prova em contrário e que poderá ceder diante da análise do caso concreto." (Disponível in: http:jurisway.Org.Br/v2/dhall.Asp?Id_dh=4902).

5 BARROS, Francisco Dirceu. A natureza jurídica da vulnerabilidade nos novos delitos sexuais. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 15, n. 2605, 19 ago.2010. Disponível em: http://jus.Com.Br/revista/texto/17215.

In casu, pode-se verificar que se trata de representação por ato infracional equiparado ao estupro de vulnerável, em que a vítima, na época dos fatos, dispunha de 10 (dez) anos de idade, enquadrando-se, pois, na situação de vulnerável, à luz do que dispõe a redação legal do art. 217-A do CP. Houve a consumação do ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, entre a vítima e o apelado. A relação sexual foi absolutamente consentida pela vítima. A esse respeito, destaco o depoimento prestado pela vítima em sede da etapa policial, ocasião em que ela, inquirida (fls. 12-13), afirmou enfaticamente que "*a relação não foi forçada, nem foi empregada qualquer tipo de força para a prática sexual*".

Com efeito, é certo que as crianças e os adolescentes merecem toda proteção legal, em razão de peculiar inexperiência de vida decorrente da pouca idade. Contudo, não se pode generalizar a presunção absoluta de vulnerabilidade (inexperiência), especialmente em face da evolução dos costumes, cultura e moral da sociedade, sendo certo que, atualmente, a maioria das crianças e adolescentes, inclusive menores de 14 anos, tem uma noção, nem que seja teórica, do que consiste o ato sexual.

É certo que, nos dias de hoje, vê-se o amadurecimento precoce de algumas crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades. Em razão do irrestrito acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem qualquer embaraço, com assuntos relacionados à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Os veículos de comunicação e, inclusive, as instituições de ensino, têm disposto, frequentemente, sobre temas adstritos à sexualidade, tudo no sentido de estabelecer prevenções sobre gravidez indesejada e, também, acerca da propagação de doenças sexualmente transmissíveis. Assim, ainda que na situação legal de crianças e adolescentes menores de 14 (quatorze) anos, hoje em dia, certamente há alguma informação sobre sexualidade.

No caso, pode-se verificar que não foi a menor envolvida em ato sexual sem sua vontade. Portanto, a liberdade sexual da vítima - bem jurídico tutelado pela norma penal - não foi afetada, haja vista que ela (vítima) realizou, com o apelado, ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, de forma voluntária e consentida. Não houve, pois, a imposição de qualquer violência por parte do apelado, ou a oposição de qualquer tipo de resistência por parte da vítima.

Dessa forma, embora a situação particular contemple a existência de tipicidade formal - isto é, adequação da conduta típica do apelado à norma penal incriminadora - verifica-se que inexiste tipicidade material, de modo que não foi aferida a existência de qualquer lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (liberdade sexual). Logo, com base no princípio da ofensividade ou lesividade, é imperioso que seja reconhecida a atipicidade material da conduta perpetrada pelo agente, pois, segundo nos ensina o ínclito doutrinador Cleber Masson[6], *"não há infração penal quando a conduta não tiver oferecido ao menos perigo de lesão ao bem jurídico"*.

Por demais, é de salutar importância ressaltar a pouca diferença de idade existente entre o apelado (12 anos) e a vítima (10 anos). Nesse aspecto, não se tem dúvidas que ambos, na época dos fatos, estavam no mesmo momento de descobertas da sexualidade. A situação vertente faz referência a duas pessoas em pleno desenvolvimento humano, sendo, pois, relativamente inexperientes, em razão da pouca idade. Por todas essas circunstâncias, pode-se concluir, de forma clara, que não há entre eles a prevalência de situação de vulnerabilidade, ou de vontade de um em detrimento do outro.

Em verdade, no campo do delito penal em enfoque (CP, art. 217-A), o que o legislador ordinário buscou tutelar foi, sem dúvidas, a liberdade e a integridade sexual das crianças e adolescentes com

6 Masson, Cleber – Código Penal Comentado. São Paulo: MÉTODO, 2013, p.11.

idade inferior a 14 (quatorze) anos, de pessoas com idade mais avançada, sobretudo adultos, que nessa condição, possuem experiência e discernimento suficiente para lidar com assuntos relacionados a sexualidade, podendo, em razão disso, influenciar os menores, de modo a submetê-los ao início precoce da vida sexual.

Assim, admitir a aplicação da disposição legal insculpida no art. 217-A do Código Penal ao vertente caso seria o mesmo que laborar na contramão da finalidade almejada pelo legislador ordinário quando da edição desse comando legislativo, situação que não se coaduna com a aplicação do direito.

A situação fática ora sob análise, não ostenta o caráter de ato infracional equiparado ao estupro de vulnerável, justamente pela situação de "vulnerabilidade" de ambas as partes. O que, de fato, pode-se verificar, é que a hipótese particular retrata uma situação peculiar, caracterizada pelo precoce envolvimento de duas "crianças" em atos sexuais. Nesse aspecto, não há dúvidas de que a solução do caso não está em se estabelecer uma punição ao apelado. A situação deve, sim, ser resolvida com orientação, acompanhamento, esclarecimento e acolhimento, papéis estes que devem ser exercidos, especialmente, pelos pais dos menores no âmbito do convívio familiar, tudo no sentido de orientá-los a respeito das graves consequências de uma prematura e despreparada iniciação na vida sexual. Inclusive, se necessário for, devem os jovens ser submetidos à acompanhamento psicológico, para que sejam orientados sobre todos os aspectos adstritos à sexualidade.

A propósito, pelas circunstâncias fáticas ora vislumbradas, ao que tudo indica, há indicativos de que os pais dos menores ora envolvidos (apelado e vítima) estão deixando de fazer o devido acompanhamento no desenvolvimento de seus filhos no âmbito educacional, devendo, pois, ser mais ativos quanto à orientação dos seus filhos, tudo no sentido de preservar-lhes de eventuais efeitos negativos do início precoce da sexualidade, oferecendo-lhes as necessárias informações.

Assim, diante de todos esses aspectos, por se tratar de hipótese em que não há qualquer lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, a imposição de uma punição ao apelado consubstanciaria evidente ato de injustiça, o que não se coaduna com a finalidade maior da atividade jurisdicional, cuja diretriz precípua é a imposição de uma solução equânime e justa à situação fática posta à análise perante o judiciário.

Nesse diapasão, é de todo oportuno invocar a sábia lição de Eduardo Couture, a qual deve nortear a atuação do magistrado na análise das situações que são dispostas ao poder judiciário: ***"LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça".***

Portanto, com enfoque nesses fundamentos, deve ser rejeitada a pretensão recursal respectiva, de modo a manter inalterada a sentença.

2. Do prequestionamento:

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado pelo apelante, cabe esclarecer que as matérias relativas ao que dispõem o art. 184 da Lei 8.069/90 e art. 129, inc. I da CF não merecem qualquer abordagem específica, pois foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

3. Das disposições finais:

Posto isso, com o parecer, conheço do presente recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, porém, **nego-lhe provimento**, mantendo incólume a sentença do magistrado de primeiro grau, que rejeitou a representação formulada pelo apelante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 05 de agosto de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4006931-87.2013.8.12.0000 - Rio Verde de Mato Grosso
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PEDIDO DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA EM CLÍNICA ESPECIALIZADA NO TRATAMENTO DE DEPENDENTES QUÍMICOS – NÃO ACOLHIMENTO – INEXISTÊNCIA DE CONCLUSÃO PERICIAL INDICANDO A INIMPUTABILIDADE DO PACIENTE – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

Sem a indicação, proveniente de um perito judicial, de que o acusado preso provisoriamente é inimputável, total ou parcialmente, não é possível a sua internação provisória em clínica especializada ao tratamento de dependentes químicos, devendo ser mantida a prisão preventiva em estabelecimento prisional comum.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, conhecer do recurso e, no mérito, denegar a ordem nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de julho de 2013.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Edival Joaquim de Alencar impetrou ordem de ***habeas corpus*** em favor de Lucas Rogério Ribeiro, alegando que o paciente está preso desde o dia 13 de março de 2013 quando foi flagrado cometendo, em tese, os crimes previstos nos artigos 147, 157 e 329 do CP c/c artigo 306 do CTB.

Alegou que o paciente é dependente químico e necessita de tratamento em clínica especializada. Afirmou que na ação penal originária foi instaurado um incidente de insanidade mental, o qual, no entanto, ainda não restou concluído, em razão da não intimação da perita nomeada. Sustentou que existe indicação médica para sua internação.

Requereu a concessão liminar da ordem com a determinação para que o paciente seja imediatamente internado em uma clínica de recuperação para dependentes químicos.

Através da decisão de fl. 71-72, foi indeferida a concessão liminar da ordem de *habeas corpus*.

A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 75-77).

A Procuradoria de Justiça apresentou parecer (fls. 79-82), opinando pelo não conhecimento do *writ*, por se tratar de mera reiteração de pedido.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Inicialmente, esclareço que, ao contrário do que opinado pela Procuradoria de Justiça, a presente ordem de *habeas corpus* deve ser conhecida, pois o impetrante busca a internação do paciente em uma "clínica de recuperação", e não simplesmente a sua liberdade provisória, como pretendido no HC de n. 4004668-82.2013.8.12.0000. Portanto, não se trata de mera reiteração de pedido, de modo que deve ser conhecido o mérito do presente *writ*.

Pois bem. Como mencionado, através da presente ordem de *habeas corpus*, o impetrante pretende que o paciente seja imediatamente internado em uma clínica de recuperação para dependentes químicos, sob o fundamento de que o paciente é dependente químico e necessita de tratamento em clínica especializada, tanto que na ação penal originária foi instaurado um incidente de insanidade mental, o qual, no entanto, ainda não restou concluído, em razão da não intimação da perita nomeada. Sustentou que existe indicação médica para sua internação.

Em que pesem os argumentos apresentados pelo impetrante, nenhuma razão lhe assiste. Explico.

A colocação de qualquer pessoa em uma clínica especializada em tratamento de dependentes químicos representa medida excepcional, que somente deve ser fixada quando existirem elementos técnicos e concretos indicando que esse é o meio mais adequado e estritamente necessário para resguardar tanto o paciente, como os demais membros da coletividade.

Tanto isso é verdade, que através da Lei 12.403/2011, foi incluído o inciso VII ao art. 319 do CPP, no qual há previsão da decretação de medida cautelar diversa da prisão, consistente na **internação provisória** do acusado pela prática de crime realizado mediante violência ou grave ameaça, **desde que exista conclusão pericial indicando ser o acusado pessoa inimputável ou semi- imputável**, além da existência de risco de reiteração da conduta criminosa. Nesse sentido:

> *"Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: [...]*
>
> *VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;"*

Portanto, a internação provisória do acusado submetido à prisão preventiva depende do preenchimento de 3 (três) requisitos: (1) que o crime tenha sido praticado mediante violência ou grave ameaça; (2) que haja conclusão pericial indicando ser o acusado imputável ou semi-imputável; e (3) que exista risco de reiteração da conduta criminosa.

Nesse ponto, cabe esclarecer que o art. 150 do CPP[1] deve ser interpretado conjuntamente com o mencionado art. 319, VII, do mesmo *Códex*, de modo que a mera ordem de abertura do procedimento incidental de insanidade mental do acusado não é suficiente para autorizar a internação provisória do preso cautelarmente.

Em síntese, além da instauração do incidente de insanidade mental, é imprescindível a existência de conclusão pericial indicando a inimputabilidade, total ou parcial, do acusado.

1 Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.

No presente caso, contudo, não estão preenchidos todos os requisitos legais, tendo em vista que não existe conclusão pericial indicando que o paciente é inimputável ou semi-imputável.

Inclusive, deve ser esclarecido que a indicação da inimputabilidade deve partir de perito do Juízo, não servindo para esse fim a apresentação de mero parecer particular, como é o documento de fls. 49-57, o qual não tem qualquer força para validar a internação provisória do paciente.

Como mencionado, no presente caso não existe qualquer conclusão pericial, advinda de perito judicial, de que o paciente é inimputável, parcial ou totalmente, o que é suficiente para afastar a pretensão de sua internação em hospital psiquiátrico ou estabelecimento congênere.

Enfim, sem a indicação, proveniente de um perito judicial, de que o acusado preso provisoriamente é inimputável, total ou parcialmente, não é possível a sua internação provisória em clínica especializada ao tratamento de dependentes químicos, devendo ser mantida a prisão preventiva em estabelecimento prisional comum.

Ainda, cabe esclarecer que a questão referente à presença dos requisitos necessários à prisão preventiva não foi objeto da presente ordem de *habeas corpus*, mas ainda assim deve ser reconhecido que no presente caso já foi estabelecido em *habeas corpus* anterior que o paciente deve ser mantido preso cautelarmente, não havendo, portanto, qualquer dúvida a esse respeito.

Posto isso, contra o parecer, **conheço da presente ordem de *habeas corpus*, denegando-a.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, CONHECERAM DO RECURSO E, NO MÉRITO, DENEGARAM A ORDEM NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 29 de julho de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0002624-74.2012.8.12.0007 – Cassilândia
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – PECULATO – PLEITO PELO RECEBIMENTO DA PEÇA INICIAL – IMPOSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

O direito penal moderno deve intervir somente nos casos em que a conduta do agente ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade de perturbações jurídicas leves, estas consideradas não só no seu sentido econômico, mas também em função do grau de lesividade social que ocasionem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não prover o recurso.

Campo Grande, 15 de julho de 2013.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão de f. 61-63, que, com fulcro no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, rejeitou a denúncia que imputava os recorridos Cícero Bernardo da Silva e Antonio Ricardo da Silva a infração prevista no art. 312, do Código Penal, ante a atipicidade material da conduta narrada.

Em suas razões recursais, às f. 65-75, o *parquet* pugna pela reforma do *decisum* a fim de que a denúncia seja recebida conforme ofertada.

Contrarrazões das defesas, às f. 81-84 e às f. 85-92, pela manutenção da sentença.

A decisão recorrida, foi mantida, às f. 93, por seus próprios fundamentos.

A Procuradoria Geral de Justiça, por sua vez, opina às f. 96-105, pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público. Ao final, prequestiona a negativa de vigência de dispositivo legal.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Trata-se de Recurso Em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão de f. 61-63, que, com fulcro no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, rejeitou a denúncia que

imputava os recorridos Cícero Bernardo da Silva e Antonio Ricardo da Silva a infração prevista no art. 312, do Código Penal, ante a atipicidade material da conduta narrada.

Consta da denúncia, às fl. 02-03, *in verbis*

> *"(...) No dia 06 de setembro de 2012, por volta das 09 horas, na Rua Tomé Fernandes de Assis, próximo à Rádio Shalon, Vila Izanópolis, nesta cidade, Cícero Bernardo da Silva e Antonio Ricardo da Silva desviaram três sacos de cimentos, em proveito próprio e alheio, de que tinham posse em razão do cargo. Apurou-se que os denunciados são funcionários públicos municipais e trabalham na Secretaria de Obras. No dia dos fatos, Cícero solicitou a Jose Antonio Faria Júnior, Secretário Municipal de Obras, que lhe repassasse uma requisição de material, para de adquirir 20 sacos de cimento, a fim de serem utilizados na obra realizada próximo à feira municipal. Ante a solicitação, o Secretário Municipal repassou ao denunciado Cícero a Requisição de Material n. 015729, para que este pudesse retirar os sacos de cimento a serem utilizados na mencionada obra pública.*
>
> *Ato contínuo, o denunciado Cícero foi à loja de matérias de construção Galpão Agrocampo e retirou 20 sacos de cimento, todavia, não levou a totalidade para a obra pública. Deste total, desviou 03 sacos de cimento e deixou na residência Onizete Antonio da Silva com quem havia combinado anteriormente de vender sacos de cimento.*
>
> *Para tal ato, contou com o auxílio do denunciado Antonio.*
>
> *Segundo apurado, Cícero pegou emprestada a caminhonete de Onizete, e coube a Antonio a tarefa de conduzi-la. Também foi à empresa Galpão Agrocampo e, sob a orientação de Cícero, retirou os 20 sacos de cimento adquiridos pelo Município, dos quais separou 03 e os levou à residência da filha de Onizete, senhora Vanessa Cristina da Silva.*
>
> *No local, ambos os denunciados descarregaram o material desviado, deixando- o na residência, onde posteriormente foram apreendidos, f. 30/32.*
>
> *Consta, ainda, que o Secretário Municipal passava próximo ao local dos fatos no momento em que os denunciados descarregavam os sacos de cimento e notou o desvio do bem público. Em seguida, procurou Onizete, solicitando-lhe informações acerca do ocorrido, quando este lhe disse que CÍCERO ficou de lhe vender três sacos de cimento, no entanto, ainda não haviam combinado o preço a ser pago.*
>
> *Assim, ficou comprovado que os denunciados, prevalecendo-se do cargo, apoderaram-se de bens públicos, que deveriam atender a comunidade, e os desviaram em proveito próprio e alheio, agindo ilegalmente e de forma contrária à moralidade administrativa.*
>
> *Os bens públicos desviados foram apreendidos na residência da filha de Onizete, conforme Auto de Apreensão às f. 35/36, e avaliados em R$ 75,00 (setenta e cinco reais), de acordo com o Auto de Avaliação às f. 37 e orçamento apresentado pela empresa Galpão Agrocampo em anexo.(...)."*

Em que pesem os fundamentos expostos pelo Ministério Público Estadual, no caso em tela, a rejeição da denúncia nos termos do art. 395, inciso III, do Código de Processo, é medida que se impõe. Vejamos.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem apontado critérios para utilização do princípio da insignificância, quais sejam: "(a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão

jurídica provocada. *(STF - HC 108125, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 24-04-2012 PUBLIC 25-04-2012).”*

In casu, mister se faz a aplicação do princípio da insignificância, considerando a avaliação dos bens públicos desviados no valor de R$ 75,00 (setenta e cinco reais) às fls. 44, e a posterior restituição dos bens ao erário, conforme se vê do auto de entrega de fls. 45.

Ademais, como ponderado pelo juízo, *“tratando-se o funcionário público de pedreiro sem instrução que desviou três sacos de cimento de obra pública, tenho que o requisito da reduzida reprovabilidade da conduta foi observado”*.

Portanto, no caso em tela, a conduta dos recorridos preenchem todos os requisitos apontados como vetores objetivos para aplicação do princípio da insignificância, porquanto além do valor insignificante da *res furtiva*, não há nenhuma periculosidade social da ação ou ofensividade.

Registre-se que os bens públicos desviados, avaliados em R$ 75,00 (setenta e cinco reais), conforme se vê do auto de avaliação de fls. 44, apresentava valor bem inferior ao salário mínimo vigente à época dos fatos, consoante Decreto n. 7.655/11, *in verbis*:

> *“A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 3º da Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011,*
>
> *D E C R E T A :*
>
> *Art. 1º. A partir de 1º de janeiro de 2012, o salário mínimo será de R$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais).*
>
> *Parágrafo único. Em virtude do disposto no caput, o valor diário do salário mínimo corresponderá a R$ 20,73 (vinte reais e setenta e três centavos) e o valor horário, a R$ 2,83 (dois reais e oitenta e três centavos).*
>
> *Art. 2º. Este Decreto entra em vigor no dia 1º de janeiro de 2012.*
>
> *Brasília, 23 de dezembro de 2011; 190º da Independência e 123º da República. DILMA ROUSSEFF.”*

O direito penal moderno deve intervir somente nos casos em que a conduta do agente ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade de perturbações jurídicas leves, estas consideradas não só no seu sentido econômico, mas também em função do grau de lesividade social que ocasionem, como no caso em exame.

Entendimento contrário, ofenderia o princípio da intervenção mínima, porquanto os direitos fundamentais da dignidade e liberdade humana somente podem ser restringidos no momento em que a conduta do indivíduo causar lesões significantes, ou seja, penalmente relevantes.

Nesse sentido, *verbis*:

> *“PENAL. PECULATO-FURTO. OBJETOS (PEÇAS USADAS DE COMPUTADOR) DE PEQUENO VALOR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. A despeito de comprovadas a autoria e a materialidade do crime de peculato-furto, tratando-se de subtração de objetos de pequeno valor. Peças usadas de computador, avaliadas em R$ 150,00., não remanesce o interesse social de punir. Não existe a efetiva ofensa à objetividade jurídica do crime (princípio da insignificância), a despeito da reprovabilidade moral da conduta. 2. O direto*

penal, em face do seu caráter fragmentário e subsidiário, não deve ser chamado a punir condutas de pouca ou nenhuma lesividade ao bem jurídico tutelado. Não deve a norma penal incriminadora, por imperativo da intervenção mínima, sancionar todas as situações em que o bem jurídico esteja em perigo, mas somente aquelas que produzem graves consequências. 3. Provimento da apelação." (TRF 1ª R.; ACr 0015877-92.2003.4.01.3400; DF; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Olindo Menezes; Julg. 17/06/2013; DJF1 27/06/2013; Pág. 149).

"Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela.Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento." (STF- 2ª Turma - HC 112388 SP, Relator Min. Ricardo Lewandowski, j. 21/08/2012).

Desta forma, mantenho a sentença de primeiro grau que rejeitou a denúncia com fulcro no art. 395, inciso III, do CPP.

Quanto ao prequestionamento aventado tenho que a decisão guerreada não violou o artigo de lei trazido.

Ante o exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 15 de julho de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0020991-38.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – LEI MARIA DA PENHA – AMEAÇA – ART. 147 DO CP – PLEITO ABSOLUTÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS SUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DA ARMA DE FOGO NEGADO – REGISTRO IRREGULAR – PERDA DO ARTEFATO – RECURSO IMPROVIDO.

Incabível o pleito absolutório, quando as provas amealhadas são suficientes para manutenção do édito condenatório.

Comprovado que a posse e registro da arma de fogo estava em desacordo com o estatuído nos artigos 3º, 4º e 5º, da Lei 10.826/03, a perda do artefato é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não prover o recurso.

Campo Grande, 1 de julho de 2013.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por Cleomar Antônio Monaco, contra a sentença de f. 180-192 que o condenou à pena de 3 (três) meses e 15 (quinze) de detenção, em regime aberto, como incurso no art. 147, do Código Penal.

Em suas razões recursais às f. 194-203, o apelante pugna por sua absolvição por insuficiência de provas e, alternativamente, a restituição da arma de fogo apreendida no interior de sua residência.

Contrarrazões (f. 214-220) pelo improvimento do recurso interposto.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 225-231) pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por Cleomar Antônio Monaco, contra a sentença de f. 180-192 que o condenou à pena de 3 (três) meses e 15 (quinze) de detenção, em regime aberto, como incurso no art. 147, do Código Penal.

O apelante pugna por sua absolvição por insuficiência de provas e, alternativamente, a restituição da arma de fogo apreendida no interior de sua residência.

A vítima, Suely Miranda Mônaco (f. 187) relata que *o acusado queria que a declarante deixasse a casa para ele ir morar com a outra mulher na residência; Que o acusado não estava embriagado no dia dos fatos; que também houve agressão física porque o acusado achou que a declarante havia pegado o revolver dele;* ***Que o acusado ameaçou a declarante de morte se ela contratasse um advogado para separar dele; Que o acusado tinha arma de fogo; Que ficou com medo de ser morta pelo réu, porque ele estava muito agressivo.***

Cristiane Miranda Mônaco (f. 188), filha da vítima, diz ter presenciado uma discussão entre sua mãe e o acusado e embora não tenha ouvido a ameça, sustenta que *a vítima chegou a dizer para a declarante que estava com medo de ser morta pelo réu; Que o acusado tinha uma arma de fogo (...) Que o acusado tinha um comportamento agressivo com toda a família (...)* ***Que a vítima disse para declarante ter sido ameaçada de morte pelo réu(...) Que escondeu a arma porque ficou receio da reação do réu (...) Que o acusado procurou pela arma e perguntou da mesma pela declarante.***

Adelson Moreira (f. 189), que não presenciou os fatos, ficou sabendo, através do acusado, que a vítima havia dado parte dele para a polícia e também tomou conhecimento de que ele tinha uma arma de fogo em casa.

Roberto Faustino Nogueira (f. 190), nada soube esclarecer sobre o ocorrido.

Interrogado às f. 191-192, Cleomar nega os fatos, admitindo apenas ser possuidor de uma arma de fogo.

O auto de exibição e apreensão (f. 11) demonstra que o apelante realmente possuía uma arma de fogo ilegalmente.

Assim, denota-se que a palavra da vítima encontra-se em harmonia e consonância com a da testemunha presencial dos fatos, não havendo se falar em insuficiência de provas.

Ademais, como bem consignou o douto Procurador de Justiça, em crimes desta jaez é *imprescindível ressaltar que a análise da prova em delitos que envolva violência praticada no âmbito familiar não pode seguir exatamente as mesmas regras aplicáveis a outras espécies de ilícitos.*

O fato de o apelante não ter antecedentes criminais, não tem o condão de eximi-lo da conduta ilícita. Assim, mantém-se sua condenação, nos termos da sentença.

Quanto à devolução da arma de fogo, melhor sorte não assiste ao apelante, posto que na época dos fatos, a posse do artefato estava irregular, pois em desacordo com o estatuído nos artigos 3º, 4º e 5º, da Lei 10.826/03.

Assim, embora o apelante possuísse um registro datado de 17/12/1982 (f. 35), com o advento da Lei 10.826/03, conforme dispositivos acima citados, foram estabelecidas novas regras para a manutenção da posse e registro de arma de fogo ou ainda a possibilidade de entrega do artefato, nos termos do art. 30 a 32 do Estatuto do Desarmamento, que esgotou-se em 30.12.2009, após inúmeras prorrogações.

Diante do exposto, com o parecer, **nego provimento,** ao recurso de apelação interposto, mantendo inalterada a sentença combatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 01 de julho de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4006025-97.2013.8.12.0000 - Amambai
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – FUNÇÃO DE BATEDOR – PERICULOSIDADE CONCRETA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – SEGREGAÇÃO CAUTELAR MANTIDA – ORDEM DENEGADA.

Inexiste o alegado constrangimento ilegal, pois a custódia cautelar está justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta dos crimes em tese cometidos, em especial, diante do *modus operandi*, aliado à periculosidade do agente, evidenciada pelos indícios de ter entregue o dinheiro para o corréu comprar a droga - a 3,5 quilos de maconha e 2,2 quilos de haxixe.- e exercer a função de "batedor" com o intuito de levar a droga para Campinas-SP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 1 de julho de 2013.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Antônio Guido da Silva, em favor de Mauricio Fugisawa de Souza, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2° Vara da Comarca de Amambai.

Narra o impetrante que o paciente encontra-se preso por suposta prática dos delitos capitulados nos artigos 33, *caput* e 35, da Lei n. 11.343/2006, o que configura constrangimento ilegal, pois com o paciente nada de ilícito foi encontrado, bem como este viajava sozinho e desconhecia que o corréu transportava drogas.

Afirma que não restam presentes os requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal, pois o paciente é pessoa de bem, mora com a família na cidade de Campinas/SP, em endereço certo, sendo réu primário e de bons antecedentes.

Discorre sobre os requisitos da liminar.

Pugna pela concessão de liminar para que seja expedido o alvará de soltura do paciente e, ao final, a concessão definitiva da ordem. Documentos de f. 17-34.

Liminar indeferida, às f. 15-16.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 38.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 39-43, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Antonio Guido da Silva , em favor de Mauricio Fugisawa de Souza, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2° Vara da Comarca de Amambai.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante delito, em 09/05/2013 por ser "batedor" do veículo conduzido por Gustavo Lima Caio, onde havia 3,5 quilos de maconha e 2,2 quilos de haxixe. Apurou-se ainda que a droga seria levada para o Estado de São Paulo.

A prisão em flagrante do paciente foi convertida em prisão preventiva para garantia da ordem pública e não verifico razões para revogá-la.

Com efeito. É que existem indícios suficientes de autoria e materialidade do delito, mormente porque no momento da abordagem o paciente confirmou sua condição de "batedor do tráfico".

Presente ainda a necessidade de segregação cautelar do paciente para a garantia da ordem pública, pois o paciente participava da traficância de grande quantidade de droga, bem como reside em outro Estado e não apresentou nenhuma justificativa plausível para estar em Amambai-MS .

Outrossim, a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade, como é o caso concreto.

Portanto, não resta configurado o alegado constrangimento ilegal, pois a custódia cautelar está justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta dos crimes em tese cometidos, em especial, diante do *modus operandi*, aliado à periculosidade do agente, evidenciada pelos indícios de ter entregue o dinheiro para o corréu comprar a droga e exercer a função de "batedor" com o intuito de levar a droga para Campinas-SP.

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 01 de julho de 2013.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0004228-92.2011.8.12.0011/50000 - Coxim
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES – CRIME FORMAL – PARTICIPAÇÃO DA ADOLESCENTE DEVIDAMENTE COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – ALMEJADA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11343/06 – AUSÊNCIA DE REQUISITOS – BENESSE NEGADA – PRETENDIDO AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Para a configuração do crime de corrupção de menores, tipificado no art. 1º, da Lei n. 2.252/54 - atual artigo 244-B, da Lei n. 8.069/90, é desnecessária a prova da chamada "idoneidade moral anterior da vítima menor", porquanto se trata de crime formal, caracterizando-se independentemente de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

Restando comprovado nos autos que o Embargante dedicava-se à atividade criminosa, não há que se falar em reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

A redutora mencionada está ligada à pessoa do condenado e não ao tipo de delito praticado. O crime será sempre o de tráfico de entorpecentes e, portanto, considerado hediondo.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e com o parecer, improver os embargos, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor e o 4º Vogal. Ausente, por férias, o Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 11 de junho de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – em substituição legal.

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Anderson Marcelino da Silva e Adalívio dos Santos Silva interpuseram recurso de Embargos Infringentes em face do acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal (fls. 288-307), que concedeu parcial provimento, por maioria, à sua apelação, apenas absolvendo os acusados do crime de associação para o tráfico e, de ofício, absolvendo Anderson do crime previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/03.

Em razões recursais (fls. 312-328), os Embargantes sustentam a absolvição do delito descrito no art. 244-B do ECA, bem como o afastamento da hediondez do delito de tráfico privilegiado quanto ao Embargante Adalívio dos Santos Silva.

Nestes termos, pugnam pela reforma do acórdão impugnado, nos termos do voto vencido proferido pelo Revisor Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Os embargos foram admitidos (f. 330).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento dos embargos (f. 334/336).

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Relatora).

Trata-se de EMBARGOS INFRINGENTES interpostos por Anderson Marcelino da Silva e Adalívio dos Santos Silva em face de acórdão, não unânime, proferido nos autos de Apelação Criminal n. 0004228-92.2011, pela 2ª Câmara Criminal que, por maioria, concedeu parcial provimento ao recurso, absolvendo os acusados do crime de associação para o tráfico e absolvendo Anderson do crime previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/03.

Irresignados com a decisão, os Embargantes postulam a absolvição do delito previsto no art. 244-B do ECA bem como o afastamento da hediondez do delito de tráfico privilegiado quanto ao Embargante Adalívio.

Requereram, portanto, a manutenção do voto vencido proferido pelo Revisor Des. Ruy Celso Barbosa Florence, o qual, referente à matéria impugnada, foi prolatado nos seguintes termos (fls. 288/307):

> *"Divirjo, por outro lado, para absolvê-los também da imputação prevista no artigo 244-B, do ECA, pois não há prova demonstrando que a menor M.R. Dos S. inocentemente foi levada à vida delitiva pelo denunciado, hipótese que, na realidade, é infirmada pelo depoimento daquela, o qual denota que aparentemente se tratava de pessoa corrompida no momento do ilícito. Prevalece, no caso, o princípio in dubio pro reo.*
>
> *Assim, subsiste apenas a condenação dos acusados pelo delito previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06.*
>
> *[...]*
>
> **Da pena atribuída ao réu Adalívio dos Santos Silva.**
>
> *[...]*
>
> *Outrossim, ao contrário do entendimento do e. Relator, considero que referido acusado faz jus à causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, pois se aquele é primário e ostenta bons antecedentes (STJ – Súmula 444), não se pode presumir a sua dedicação à atividade criminosa.*
>
> *[...]*
>
> *É o caso, portanto, de aplicar a referida causa de diminuição. Rememore-se que, na hipótese em tela, a quantidade e a qualidade das substâncias entorpecentes*

foram consideradas no momento da fixação da pena-base, não se admitindo utilizar tais circunstâncias para limitar a indigitada minorante (cf. STF – HC 110487, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012 – RHC 111440, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012).

[...]

Por fim, diante da possibilidade de regressão de regime prisional, afasto, de ofício, o caráter hediondo que recai sobre o crime pelo qual o referido réu foi condenado, ponderando, nesse passo, a incongruência lógica em admitir-se a coexistência da forma privilegiada do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 com a hediondez preconizada pela Lei n. 8.072/90, sobretudo sob o prisma teleológico das normas".

Pois bem. Passo à análise das controvérsias trazidas nos autos.

Quanto ao pedido de absolvição do delito previsto no art. 244-B do ECA:

Os Embargantes sustentam a tese de que não há nos autos provas suficientes de que corromperam ou tenham facilitado a corrupção da menor, ao contrário, por seus depoimentos demonstrou que já era viciada em drogas, ou seja, já era corrompida.

No tocante ao crime de corrupção de menores, firme é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime de corrupção de menores é formal, dispensando, para sua configuração, a prova de que o menor tenha sido efetivamente corrompido.

Dispõe o art. 244-B da Lei 8.069/90 (ECA): *"Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."*

O delito caracteriza-se independentemente de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

No julgamento do recurso especial representativo de controvérsia nº 1.127.954/DF a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o crime tipificado no art. 244-B da Lei n. 8.069/90 possui natureza formal, ou seja, para a sua configuração não é necessária a prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 (dezoito) anos. Eis a ementa do julgado:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO INIMPUTÁVEL. DESNECESSIDADE. DELITO FORMAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DECLARADA DE OFÍCIO, NOS TERMOS DO ARTIGO 61 DO CPP.

1. Para a configuração do crime de corrupção de menores, atual artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se faz necessária a prova da efetiva corrupção do menor, uma vez que se trata de delito formal, *cujo bem jurídico tutelado pela norma visa, sobretudo, a impedir que o maior imputável induza ou facilite a inserção ou a manutenção do menor na esfera criminal.*

2. Recurso especial provido para firmar o entendimento no sentido de que, para a configuração do crime de corrupção de menores (art. 244-B do ECA), não se faz necessária a prova da efetiva corrupção do menor, uma vez que se trata de delito formal; e, com fundamento no artigo 61 do CPP, declarar extinta a punibilidade dos recorridos Célio

Adriano de Oliveira e Anderson Luiz de Oliveira Rocha, tão somente no que concerne à pena aplicada ao crime de corrupção de menores."

(REsp. - 1.127.954/DF, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Seção, DJe de 14/12/11).

Nesse sentido, é farta a jurisprudência do STJ e do STF:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. PRESCRIÇÃO DECLARADA DE OFÍCIO. ART. 61 DO CPP.

1. ***É assente neste Superior Tribunal de Justiça, bem como no Supremo Tribunal Federal, o entendimento no sentido de que o crime tipificado no artigo 1º da revogada Lei 2.252/54, atual artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor.***

2. Agravo regimental a que se nega provimento, declarando-se, porém, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal, a extinção da punibilidade do recorrido, no que concerne ao delito ora em discussão, em virtude da prescrição da pretensão punitiva."

(AgRg no REsp 696.849/SP, SEXTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009).

"HABEAS CORPUS. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME IMPOSSÍVEL. ARTIGO 17 DO CÓDIGO PENAL. PRESSUPOSTOS. CORRUPÇÃO DE MENORES. ART. 1º DA LEI 2.252/54. NATUREZA FORMAL. 1. Havendo possibilidade, ainda que remota, de burlar a vigilância exercida sobre a coisa e, por conseguinte, de ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal, não se configura o crime impossível. Precedentes. 2. ***O crime de corrupção de menores é formal, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável.*** *Precedentes. 3. Ordem denegada."*

(*HC* 107577, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLICAÇÃO 06-06-2011).

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES (ARTS. 157, § 2º, I E II DO CPB E ART. 1º. DA LEI 2.252/54). CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. INDIFERENÇA DO COMETIMENTO ANTERIOR DE ATO INFRACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DA ABSOLVIÇÃO. RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL ENTRE O ROUBO E A CORRUPÇÃO DE MENORES. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM, PORÉM, PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA RECONHECER A EXISTÊNCIA DE CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES DE ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. 1. O crime tipificado no art. 1o. da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. ***2. Caracterizado está o crime de corrupção de menores, ainda que o menor possua antecedentes infracionais, tendo em vista que a norma do art. 1o. da Lei 2.252/54 visa também impedir a permanência do menor no mundo do crime.*** *3. Constatando-se uma só ação para a prática de dois crimes, é de se reconhecer o concurso formal entre os delitos*

de roubo e corrupção de menores. Precedentes. 4. Parecer ministerial pela denegação da ordem. 5. Ordem parcialmente concedida, apenas para reconhecer a existência de concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menores."

(STJ - HC 144181/DF; Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; Órgão Julgador - QUINTA TURMA; Data do Julgamento 29/10/2009; Data da Publicação/ Fonte DJe 30/11/2009).

"HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVA DA CHAMADA IDONEIDADE MORAL ANTERIOR DA VÍTIMA MENOR. DESNECESSIDADE. ORDEM DENEGADA. Para a configuração do crime de corrupção de menores (art. 1º da Lei 2.252/1954), é desnecessária a prova da chamada "idoneidade moral anterior da vítima menor", exigida pela impetrante. Ordem denegada."

(STF - HC 97197, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL-02385-04 PP-00711).

"HABEAS CORPUS. Penal. Paciente condenado pelos crimes de roubo (art. 157 do Código Penal) e corrupção de menor (art. 1º da Lei nº 2.252/54). Menoridade assentada nas instâncias ordinárias. Crime formal. Simples participação do menor. Configuração. 1. As instâncias ordinárias assentaram a participação de um menor no roubo praticado pelo paciente. Portanto, não cabe a esta Suprema Corte discutir sobre a menoridade já afirmada. 2. Para a configuração do crime de corrupção de menor, previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54, é desnecessária a comprovação da efetiva corrupção da vítima por se tratar de crime formal que tem como objeto jurídico a ser protegido a moralidade dos menores. 3. Habeas corpus denegado."

(STF - HC 92014, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-02 PP-00366 RT v. 98, n. 881, 2009, p. 514-520).

Assim, para a configuração do crime de corrupção de menores bastam indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável, o que tornou-se evidente, *in casu*, pelas provas carreadas aos autos, consubstanciadas no depoimento da adolescente Mayara (f. 12) bem como nos testemunhos dos policiais (fls. 155-160).

No caso dos autos, **é incontroversa a participação da adolescente Mayara na prática dos crimes de tráfico de drogas juntamente com os Embargantes Adalívio e Anderson, já que ela própria confessou que os ajudava no preparo dos entorpecentes (fls. 12):**

"Que a declarante afirma que os conduzidos 'Cobrão' e 'Rizo' quem compravam as drogas de pessoas que a declarante não conhece e que depois ***pediam para a declarante ajudar a separar em pequenas porções as drogas e embalar; que a declarante afirma que todos participavam do comércio das drogas, tanto na embalagem como na venda a usuários, razão pela qual o lucro aferido era dividido;*** *que a declarante afirma que as drogas encontradas na residência pertenciam a declarante e aos conduzidos 'Cobrão' e 'Rizo', pois a boca de fumo era administrada por todos e quando algum saía o outro assumia a venda; [...]; que* ***o conduzido 'Cobrão' tem conhecimento de que a declarante possui apenas 17 anos de idade e permitia que ela participasse do tráfico de drogas".***

Além do depoimento da jovem, constam dos autos os depoimentos prestados pelos policiais, afirmando que a menor não só auxiliava no preparo da droga como também na venda e, ainda, administrava a boca de fumo, ratificando o depoimento prestado pela adolescente (fls. 155-160).

Ressalte-se que o objetivo do legislador, ao redigir o referido dispositivo legal em comento, foi justamente proteger a infância e a juventude mediante a imposição de penas aos imputáveis que corrompam ou facilitem a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la. Sobre o tema, imperioso destaque merecem as considerações exaradas pelo Exmo. Min. Arnaldo Esteves de Lima (REsp 1.031.617/DF, DJe 04.08.08):

> *"(...) dessume-se que o fim a que se destina a tipificação do delito de corrupção de menores é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. Assim, o bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora não se restringe à inocência moral do menor, mas abrange a formação moral da criança e do adolescente, no que se refere à necessidade de abstenção da prática de infrações penais.*
>
> *(...) Nesse contexto,* ***considerar inexistente o crime de corrupção de menores pelo simples fato de ter o adolescente ingressado na seara infracional equivale a qualificar como irrecuperável o caráter do inimputável – pois não pode ser mais corrompido – em virtude da prática de atos infracionais.*** *Em outras palavras, é o mesmo que afirmar que a formação moral do menor, nessa hipótese, encontra-se definitiva e integralmente comprometida (...)".*
>
> *O elemento subjetivo do tipo penal em tela exaure-se no dolo genérico, não se exigindo, portanto, a demonstração da vontade e consciência de corromper ou facilitar a corrupção do menor."*

Deste modo, mantenho a condenação dos Embargantes pela prática do crime previsto no art. 244-B da Lei 8.069/90 (ECA).

Quanto ao pedido de afastamento da hediondez do delito de tráfico privilegiado em favor do Embargante Adalívio:

Ao analisar o voto de fls. 288/307, percebe-se que a controvérsia a ser dirimida, com relação ao Embargante Adalívio, é sobre a aplicação ou não da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

O ilustre Relator, quanto a esse aspecto, considerou (fls. 299):

> *"Consigno que o apelante Adalívio dos Santos Silva* ***não faz jus a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porquanto restou configurado que se dedicava a atividade criminosa, inclusive confessando em seu interrogatório judicial que em sua residência funcionava 'boca de fumo****', consoante f. 152-154, fazendo da traficância o seu labor".*

Já o voto vencido proferido pelo Des. Revisor Ruy Celso Barbosa Florence, ao divergir do Relator, conferiu ao réu Adalívio a minorante do § 4º, art. 33, sob os seguintes fundamentos (fls. 304):

> *"Outrossim,* ***ao contrário do entendimento do e. Relator, considero que o referido acusado faz jus à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, pois se aquele é primário e ostenta bons antecedentes (STJ – Súmula 444), não se pode presumir a sua dedicação à atividade criminosa".***

A Lei n. 11.343/2006, em seu art. 33, § 4º, prevê a figura do chamado "tráfico privilegiado", dispondo que:

> *"§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos,* ***desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."***

O legislador previu os pressupostos para a incidência do benefício legal, indicando que a causa especial de diminuição de pena tem sua aplicabilidade restrita aos que preencherem os requisitos expressos da norma, quais sejam: ser o agente primário; ter bons antecedentes; não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Analisando todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal é possível concluir que o Embargante não faz jus ao benefício pleiteado, pois dedicava-se à atividade criminosa na residência onde morava juntamente com Anderson e Mayara.

Em seu depoimento extrajudicial às fls. 13, confirmou realizar o tráfico de drogas, reiterando, inclusive, que comercializava sozinho os entorpecentes, comprando-as de pessoas que não identificou e recebia ajuda do réu Anderson para dividir as drogas em pequenas porções e embala-las para a revenda aos usuários.

O acusado Anderson às fls. 15 confirma o depoimento do comparsa, informando que em troca do "serviço", Adalívio lhe repassava produtos alimentícios e alguns valores em dinheiro.

Corroborando o alicerce probatório, o interrogatório de Adalívio às fls. 152/154 confirma a venda das drogas e, embora tenha sustentado ser ajudante de pedreiro, admitiu ter comprado as drogas para vender para "levantar um troco" para comprar outro lote, negando-se a dizer quem era o seu fornecedor.

Por sua vez, os relatos dos policiais atuantes no caso indicam que através de denúncias anônimas chegaram até os acusados, pois sabiam tratar-se a residência de uma "boca de fumo"155/160.

Assim, a despeito da combatividade da Defesa, entendo que o Embargante não faz jus à aplicação de tal minorante, como bem observou o ilustre Desembargador Relator, pois o acervo probatório constante dos autos denota que ele se dedicava às atividades criminosas. Logo, em que pese ostentar ele bons antecedentes e primariedade técnica, a redutora vai negada.

No que tange ao afastamento ou não da hediondez, melhor sorte não assiste à tese defensiva.

No ordenamento pátrio, com o intuito de cominar um maior gravame aos delitos considerados mais ofensivos à sociedade, os crimes hediondos ganharam um regramento jurídico específico do legislador na esfera constitucional (art. 5º, inc. XLIII, da CF) e infraconstitucional (Lei 8.072/90).

A Lei nº 8.072/90, em seu artigo 2º, disciplina que:

> *"Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:*
>
> *I - anistia, graça e indulto;*
>
> *II - fiança."*

O texto normativo equipara o tráfico ilícito de entorpecentes aos delitos hediondos, sujeitando-o às disposições normativas pertinentes aos crimes assim caracterizados.

A Lei n. 11.343/2006, em seu art. 33, § 4º, realmente prevê a figura do chamado "tráfico privilegiado", entretanto, não se trata de delito autônomo, não há cominação de pena exclusiva para o "tráfico privilegiado", apenas se estipula frações a incidir no "quantum" da pena previsto para o "*caput*" e § 1º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci leciona que:

> *"(...) Lembremos de alertar que a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é a tipificada no art 33, caput e no §1º, que assim são considerados. (...)".*
>
> (Guilherme de Souza Nucci. Leis Penais e Processuais Penais comentadas. São Paulo: RT, 2012, p. 252).

É sabido que as circunstâncias que criam privilégios (ou qualificam) determinados crimes só constituem tipos penais quando contiverem preceitos primário e secundário, estabelecendo novos limites mínimo e máximo para a pena em abstrato. Este não é o caso do artigo acima transcrito.

De outro norte, sabe-se que as causas de aumento ou diminuição da pena, utilizáveis na terceira fase da aplicação da pena, não se dissociam do tipo, apenas estabelecem somente uma variação para elevação ou diminuição da reprimenda, a partir de quantidades fixas (metade, dobro, triplo) ou frações de aumento ou redução (1/6 a 2/3, por exemplo).

O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não tem pena própria, em verdade, não se dissocia do tipo fundamental (tráfico). O texto do citado artigo interfere, tão somente, na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do delito, consequentemente, não é apto a afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos.

É farta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não afasta a equiparação do delito de tráfico de drogas como hediondo. Vejamos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CARÁTER HEDIONDO DO DELITO NÃO AFASTADO. EXECUÇÃO. INADMISSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRAZOS PREVISTOS PARA OS CRIMES COMUNS.*
>
> *1.* ***De acordo com a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta o caráter hediondo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, tendo aplicação os lapsos temporais para a obtenção de benefícios previstos na Lei nº 8.072/90, com os acréscimos feitos pela Lei nº 11.464/2007.***
>
> *2. Agravo regimental improvido."*
>
> (STJ. AgRg no Resp N. 1.313.798/ RS. Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Sexta Turma. Julgado em 06/09/2012).
>
> *"HABEAS CORPUS . EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 ('TRÁFICO PRIVILEGIADO'). AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPROCEDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE NOVO TIPO PENAL. INADMISSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRAZOS PREVISTOS PARA OS CRIMES COMUNS. ORDEM DENEGADA.*

1. A jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não é suficiente para provocar o afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o 'tráfico privilegiado' tipo autônomo. Assim, em casos tais, não podem ser considerados – como requisito objetivo para a obtenção de benefícios da execução penal – os prazos estabelecidos para os crimes comuns.

2. Se o tráfico de drogas (ilícito penal assemelhado a hediondo) foi praticado na vigência da Lei nº 11.464/2007, devem incidir os lapsos temporais de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para a progressão de regime, bem como o prazo disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006 para o livramento condicional.

3. Ordem denegada."

(STJ. HC 219.960/MS. Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS). Sexta Turma. Julgado em 22/11/2011).

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DELITO NÃO HEDIONDO. HIPÓTESES DIVERSAS. PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRAZOS DA LEI N. 11.464/2007 QUE DEVEM SER RESPEITADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não desnatura a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

II. As espécies de homicídio não explicitadas na lei dos crimes hediondos, tal como sua figura privilegiada, não são, acertadamente, consideradas como tais, por haver a explicitação na Lei n. 8.072/90 das características peculiares que imprimem às figuras típicas o caráter repugnante, ***sendo que a hipótese do tráfico privilegiado, diversamente daquela, tem por objeto o histórico do criminoso, e não as características do crime praticado.***

III. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não constitui tipo penal distinto do caput do mesmo artigo, não havendo, portanto, que se falar em concessão de progressão de regime ou de livramento condicional com o cumprimento dos prazos estabelecidos para os crimes comuns.

IV. Praticado delito hediondo na vigência da Lei n. 11.464/2007, devem ser respeitados os lapsos temporais de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para a progressão de regime, bem como o prazo disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006 para o livramento condicional. V. Ordem denegada."

(STJ. HC 206.911/MS. Rel. Ministro GILSON DIPP. Quinta Turma. Julgado em 18/08/2011).

"EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. CASO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

> ***1. Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do réu primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa*** *(art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006),* ***as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como delito equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma.***
>
> *2. Porque evidenciada a hediondez da figura insculpida no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas, não se aplica os prazos previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal e art. 83, V, do Código Penal, para fins de progressão carcerária e livramento condicional.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento."*
>
> (STJ. AgRg no REsp 1208524/MS. Rel. Ministro JORGE MUSSI. Quinta Turma. Julgado em 16/08/2011).

Assim, diferentemente da tese defensiva, tenho que a minorante em análise não tem o condão de afastar a equiparação do tráfico de drogas dos crimes hediondos, pois a privilegiadora, para ser aplicada, leva em consideração alguns requisitos legais que dependem de condições pessoais do acusado, além de circunstâncias em que foi cometido o crime, sem conexão, portanto, com a natureza do delito.

A conduta delitiva praticada pelo Embargante ainda é o tráfico, somente ocorreu uma redução da reprimenda a ele imposta, pois atendidos os requisitos específicos. Assim é a jurisprudência deste Tribunal:

> *"EMBARGOS INFRINGENTES – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – DELITO QUE, MESMO NA FORMA PRIVILEGIADA, É CONSIDERADO HEDIONDO – CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL NA FORMA DOS CRIMES COMUNS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *A essência do crime cometido pelo condenado nas sanções cominadas aos §§ 2º ao 4º é a mesma do crime de tráfico previsto no caput e no § 1º, todos do artigo 33 da Lei 11.343/2006, razão pela qual não é possível a concessão da progressão de regime ou livramento condicional nos prazos previstos para o crime comum, ante as expressas vedações contidas nas Leis 8.072/90 e 11.343/06 e art. 5º, XLIII, da Constituição Federal."*
>
> (TJMS. Embargos Infringentes em Agravo Criminal 2012.005388-8/0001-00. Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia. Seção Criminal. Julgado em 10/07/2012).
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR MUTATIO LIBELLI – REJEITADA – MÉRITO – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – PERCENTUAL DE REDUÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – MANTIDA – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO – IMPOSSIBILIDADE – CONVERSÃO DA PENA E FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MENOS SEVERO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *(...)*
>
> *O reconhecimento da causa de diminuição descrita no artigo 33,§4º, da Lei 11.343/2006 não tem o condão de afastar a hediondez do delito.*
>
> *Como a pena definitiva aplicada aos agentes é inferior a quatro anos e comprovados os demais requisitos legais, é possível o seu cumprimento no regime prisional inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos."*
>
> (TJMS. Apelação Criminal 2012.014199-4. Rel. Des. Manoel Mendes Carli. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 02/07/2012).

Tratando-se de mera causa de diminuição de pena, a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não exclui a hediondez do crime de tráfico de drogas e nem as determinações impostas pela Lei n. 8072/90 quanto à progressão de regime e demais benefícios.

Diante do exposto, com o parecer (fls. 333/336), NEGO PROVIMENTO aos Embargos Infringentes, para fazer prevalecer o voto vencedor do Desembargador Relator Manoel Mendes Carli.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Revisor).

Acompanho a relatora quanto à corrupção do menor, porém, com relação à retirada da hediondez para efeito de progressão de regime, concedo os Embargos.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (2º Vogal).

De acordo com a relatora.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (3º Vogal).

De acordo com a relatora.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (4º Vogal).

Relembrando, Adalívio dos Santos Silva e Anderson Marcelino da Silva interpuseram apelação criminal contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Coxim, nos autos da Ação Penal n. 0004228-92.2011.8.12.0011, que condenou o primeiro à pena de 09 (nove) anos de reclusão e 1.300 (mil e trezentos) dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/06 e artigo 244-B da Lei nº. 8.069/90, e o segundo à pena de 17 (dezessete) anos e 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 1.320 (mil trezentos e vinte) dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/06, artigo 244-B da Lei nº 8.069/90 e artigo 12 da Lei n. 10.826/03, ambos em regime inicialmente fechado.

Pedem os apelantes a reforma da sentença para: a) absolvê-los dos crimes de corrupção de menores e associação para o tráfico; b) reduzir as penas-bases ao mínimo legal.

Em seu voto, o Des. Manoel Mendes Carli, relator, decidiu o seguinte:

> *"A) dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa de Adalívio dos Santos Silva, para absolvê-lo do crime de associação para o tráfico de drogas, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e reduzir-lhe a pena-base, restando definitivamente condenado a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime semiaberto, e 500 dias-multa, a razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data dos fatos*
>
> *B) dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa de Anderson Marcelino da Silva, para absolvê-lo do crime de associação para o tráfico de drogas, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e, de ofício, absolvê-lo do delito previsto no artigo 12 da Lei 10.826/03, pela incidência do abolitio criminis temporalis, restando definitivamente condenado a pena de 9 anos, 4 meses de reclusão e 550 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-minimo vigente à data dos fatos, no regime fechado, ante a reincidência."*

Vou acompanhá-lo nos pontos que absolveu os acusados dos crimes de associação para o tráfico e de posse de arma de fogo.

Divirjo, por outro lado, para absolvê-los também da imputação prevista no artigo 244-B, do ECA, pois não há prova demonstrando que a menor M. R. dos S. inocentemente foi levada à vida delitiva pelo denunciado, hipótese que, na realidade, é infirmada pelo depoimento daquela, o qual denota que aparentemente se tratava de pessoa corrompida no momento do ilícito. Prevalece, no caso, o princípio *in dubio pro reo*.

Assim, subsiste apenas a condenação dos acusados pelo delito previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

Assentadas tais premissas, passo ao exame da dosimetria das penas.

DA PENA ATRIBUÍDA AO RÉU ADALÍVIO DOS SANTOS SILVA.

Inicialmente acompanho o e. Relator para valorar negativamente apenas a quantidade e diversidade de droga apreendida, circunstâncias preponderantes consoante artigo 42 da Lei 11.343/06, fixando a pena-base em 6 anos de reclusão e 550 dias-multa, a razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data dos fatos.

Na segunda fase, presentes as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, já reconhecidas pelo magistrado *a quo,* reduzo a pena ao mínimo legal, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, a razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data dos fatos.

Em razão da absolvição do crime de corrupção de menores, refuto a causa de aumento derivada do concurso formal.

Outrossim, ao contrário do entendimento do e. Relator, considero que o referido acusado faz jus à causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.434/2006, pois se aquele é primário e ostenta bons antecedentes (STJ – Súmula 444), não se pode presumir a sua dedicação à atividades criminosas.

Ao comentar referido dispositivo legal, Guilherme de Souza Nucci ensina o seguinte:

> *"Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, "caput" ou § 1.º, se for primário (indivíduo que não é reincidente, vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se de pena mais branda.* ***Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada****. Na norma do § 4º, para que se possa aplicar a diminuição da pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes.* ***Portanto, não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita****."* (*in* Leis penais e processuais penais comentadas. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 372).

É o caso, portanto, de aplicar a referida causa de diminuição. Rememore-se que, na hipótese em tela, a quantidade e a qualidade das substâncias entorpecentes foram consideradas no momento da fixação da pena-base, não se admitindo utilizar tais circunstâncias para limitar a indigitada minorante (cf. STF – HC 110487, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012 - RHC 111440, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012).

A despeito disso, observo que tais entorpecentes foram apreendidos em contexto que atribui maior reprovabilidade ao delito (apreensão ocorrida na residência do réu, onde foram localizados outros objetos

próprios para prática da mercancia de drogas – f. 26). Assim, aplico a referida causa de diminuição para reduzir a pena até a metade (1/2).

Dessa forma, mantido o *quantum* fixado pelo e. Relator na primeira e segunda fases da dosimetria da pena (05 anos de reclusão e 500 dias-multa), em razão da referida causa de diminuição (artigo 33, § 4°, da Lei 11.343/06), reduzo a reprimenda para 02 anos, 07 meses e 15 dias de reclusão e 262 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo mensal vigente a data do fato, a qual fica assim estabelecida definitivamente.

Noutro vértice, lembro que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27.06.2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Na espécie, entretanto, a quantidade e qualidade de drogas e contexto em que foram apreendidas justificam o estabelecimento do regime inicial intermediário, não obstante a fixação da pena definitiva em patamar inferior a 04 anos. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

Nesse sentido:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO. PENA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. Consoante o disposto no art. 33, § 2º e 3º, ambos do Código Penal, o apenado não reincidente, condenado a pena inferior a 04 (quatro) anos, mas detentor de circunstâncias judiciais desfavoráveis deverá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semiaberto. Ordem concedida."* (HC 135.055/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 07/12/2009.)

De outro lado, o Supremo Tribunal Federal igualmente declarou inconstitucional a vedação contida no artigo 44, da Lei 11.343/2006, no tocante à proibição da substituição da pena corporal por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de drogas (HC 97.256, j. 01/09/2010).

Por seu turno, o Senado Federal editou a Resolução n. 5, de 15/2/2012, que entrou em vigor na data da sua publicação (16.2.2012), suspendendo a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Todavia, no caso em apreço, não se mostra cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois as circunstâncias do crime indicam que ela não seria suficiente para a reprovação e prevenção do delito (CP, artigo 44, inciso III).

Por fim, diante da possibilidade de regressão de regime prisional, afasto, de ofício, o caráter hediondo que recai sobre o crime pelo qual o referido réu foi condenado, ponderando, nesse passo, a incongruência lógica em admitir-se a coexistência da forma privilegiada do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com a hediondez preconizada pela Lei n. 8.072/90, sobretudo sob o prisma teleológico das normas.

DA PENA ATRIBUÍDA AO RÉU ANDERSON MARCELINO DA SILVA.

Com relação ao referido réu, realmente não merece reparos a dosimetria estabelecida na sentença, porquanto a pena-base foi exasperada ante a incidência de maus-antecedentes, bem como, na segunda fase, agravou-se a pena pela reincidência, sem, contudo, implicar *bis in idem*, diante das duas incidências criminais com trânsito em julgado em data anterior ao crime ora imputado, sendo razoável a fixação da reprimenda em 08 anos de reclusão e 550 dias-multa, a razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à data dos fatos.

Refuto, entretanto, o acréscimo fixado em razão do concurso formal, haja vista a absolvição do apelante pelo delito previsto no artigo 244-B, do ECA, ficando a pena do acusado definitivamente

estabelecida em 08 anos de reclusão e 550 dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à data dos fatos.

A reincidência do réu em crime doloso impõe o cumprimento da reprimenda em regime inicialmente fechado.

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, divirjo em parte do e. Relator para: **a)** contra o parecer, dar parcial provimento em maior extensão ao recurso de Adalívio dos Santos Silva, para absolvê-lo dos crimes de associação para o tráfico de drogas e de corrupção de menores, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; reduzir-lhe a pena, restando definitivamente condenado a 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão em regime semiaberto e 262 (duzentos e sessenta e dois) dias-multa, a razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data dos fatos; e afastar, de ofício, o caráter hediondo que recai sobre o crime pelos qual o referido réu foi condenado; b) contra o parecer, dar parcial provimento em maior extensão ao recurso interposto por Anderson Marcelino da Silva para absolvê-lo dos crimes de associação para o tráfico de drogas e de corrupção de menores, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; de ofício, absolvê-lo do delito previsto no artigo 12 da Lei 10.826/03, pela incidência do *abolitio criminis temporalis*; e reduzir-lhe a pena, restando definitivamente condenando a 08 (oito) anos de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à data dos fatos, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (5º Vogal).

De acordo com a relatora.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (6º Vogal).

De acordo com o relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, IMPROVERAM OS EMBARGOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O REVISOR E O 4º VOGAL. AUSENTE, POR FÉRIAS, O DES. CARLOS EDUARDO CONTAR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 11 de junho de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0006144-60.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO.

PRELIMINAR DE FALTA DE APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS – INOCORRÊNCIA – PROTESTO DE PRAZO EM ATA DE AUDIÊNCIA – NULIDADE AFASTADA – PRINCÍPIO *PAS DE NULITTÉ SANS GRIEF.*

POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DESCRITO NO ART. 14 DA LEI N. 10.826/2006 – PISTOLA 9MM, 04 CARREGADORES E 89 MUNIÇÕES – CONFISSÃO – IMPOSSBILIDADE DE DESCLASSIFICAR PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 14 DA LEI 10.826/2006 – USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO – ALEGAÇÃO DE ESTADO DE NECESSIDADE – INOCORRÊNCIA.

PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM* EM DUPLA VALORAÇÃO DA REINCIDÊNCIA – INOCORRÊNCIA – UTILIZAÇÃO DE REGISTROS CRIMINAIS DIVERSOS – PEDIDO DE PREVALÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO SOBRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS EQUIVALENTES DE IDÊNTICA INTENSIDADE.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BENS E VALORES – PRODUTOS E INSTRUMENTOS DO CRIME – EFEITO AUTOMÁTICO DA SENTENÇA.

RECURSO IMPROVIDO. COM O PARECER.

DE OFÍCIO ADEQUAÇÃO DO REGIME DE PENA PARA O ABERTO.

No campo das nulidades, de forma geral, não se proclama a nulidade do ato processual se não demonstrado o prejuízo (Princípio *pas de nulittè sans grief*).

Mantém-se a condenação pelo delito tipificado no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/06 uma vez que a ré mantinha sob sua guarda, em sua residência, arma de fogo de uso restrito, além de quatro carregadores e 89 munições do mesmo calibre, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A autodefesa que se deve assegurar à ré é aquela relativa ao próprio fato criminoso por que foi presa, dessa forma, não há que se falar em excludente de Estado de Necessidade e absolvição do ilicito do Uso de Documento Público Falso.

Autorizado está o magistrado a fixar a pena-base acima do mínimo legal quando algumas das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP mostram-se desfavoráveis à ré, bem como aumentá-la na segunda fase, em virtude da agravante da reincidência.

A consideração dos maus antecedentes na fixação da pena-base e a aplicação da agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria não caracterizam *bis in idem*, quando a ré ostenta mais de uma condenação transitada em julgado.

É efeito automático da sentença condenatória o perdimento de bens e valores quando constatado serem provenientes de crimes.

Impõe-se alterar para aberto o regime de cumprimento de pena não superior a quatro anos de reclusão.

Com o parecer. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, rejeitar a preliminar e, no mérito, improver o apelo, nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, 29 de julho de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator em substituição legal.

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Mari Lurdes de Carmem Siqueira interpôs recurso de Apelação em face da sentença proferida às f. 255-261, impugnada conforme embargos de declaração de f. 287-288, que julgou procedente a denúncia condenando-a à pena de 04 anos de reclusão e 05 meses de detenção e 15 dias-multa, em regime fechado, pela prática dos crimes descritos no art. 16, *caput,* da Lei n. 10.826/2007 e art. 307 do CP.

A Apelante alega (f. 278-286), em síntese, preliminarmente, nulidade do processo por falta de apresentação de alegações finais por parte do Ministério Público.

No mérito, pugna pela desclassificação do delito para o tipo previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/06, uma vez que não tinha conhecimento de que a arma encontrada sob sua posse era de uso restrito; requer a aplicação da pena-base no mínimo legal, uma vez que a reincidência foi valorada na primeira e na segunda fase da dosimetria da pena, por fim, sustenta que deve ser absolvida do delito descrito no art. 307 do CP, uma vez que a peça acusatória não fez menção a esse delito, o que teria ocasionado prejuízo à defesa, além disso, argumenta que o uso de documento falso foi pautado na necessidade de retornar ao labor e ao convívio social.

O Ministério Público Estadual, em suas contrarrazões recursais, pugna pela manutenção da condenação imposta (f. 293-303).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso, justificando que não há que se falar em absolvição do apelante pois comprovada a tipicidade da conduta (f. 308-317).

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Relatora).

Trata-se de apelação criminal interposta por Mari Lurdes de Carmem Siqueira visando a reforma da sentença de f. 255-261, que julgou procedente a denúncia de f. 02-03 condenando-a à pena de 04 anos de reclusão e 05 meses de detenção e 15 dias-multa, em regime fechado, pela prática dos crimes descritos no art. 16, *caput,* da Lei n. 10.826/2007 e art. 307 do CP.

Narra a peça acusatória (f. 02-03):

> *"(...)* DO CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO
>
> *No dia 06.02.2012, por volta das 16h50min Rua Augusta Rossini Guidi, n. 1157, bairro Morada do Sol, nesta cidade de Campo Grande, MS, a denunciada MARI LURDES DE CARMEM SIQUEIRA foi flagrada por policias militares, em sua residência, possuindo e tendo em depósito, uma arma de uso restrito tipo pistola, calibre 9mm, marca Ruger P89D, número 30501734, com quatro carregadores, bem como 89 (oitenta e nove) munições do mesmo calibre, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*
>
> *2. Na ocasião dos fatos, policiais militares foram acionados para cumprirem o Mandado de Prisão n. 50/2009, expedido pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Sinop, MT, em desfavor da denunciada MARI LURDES DE CARMEM SIQUEIRA, que foi abordada na Rua Ezequiel Ferreira de Lima, n. 727, bairro Aero Rancho, nesta cidade, e obtinham a informação de que a denunciada possuía em sua residência uma arma de fogo, sendo que, ao ser indagada, confessou a posse da arma.*
>
> *3. A arma de fogo e as munições foram localizadas dentro do guarda-roupas da denunciada, que confessou tê-las adquirido de um vendedor ambulante no Paraguai, e que as utilizava para sua defesa pessoal.*
>
> *DO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO*
>
> *4. Na ocasião dos fatos acima narrados, a denunciada Mari Lurdes de Carmem Siqueira fez uso de uma cédula de identidade falsa, onde constava o nome de Mariana Cristina Rodrigues da Costa.*
>
> *5. Ao ser abordada, a denunciada apresentou o RG 12.436.833 SSP/BA, em nome de Mariana Cristina Rodrigues da Costa, E confessou que fazia o uso de documento falso, afirmando, ainda, que o adquiriu pelo valor de R$ 700,00 (setecentos reais), a fim de não ser identificada, já que estava foragida."*

Após a regular instrução, sobreveio a sentença de f. 255-261, impugnada conforme embargos de declaração de f. 287-288, que julgou procedente a denúncia condenando a acusada à pena de 04 anos de reclusão e 05 meses de detenção e 15 dias-multa, em regime fechado, pela prática do crime descrito no art. 16, *caput,* da Lei n. 10.826/2007 e art. 307 do CP.

Irresignada, a Apelante interpõe recurso de apelação (f. 278-286), alegando, em síntese, preliminarmente, nulidade do processo por falta de apresentação de alegações finais por parte do Ministério Público; no mérito, pugna pela desclassificação do delito para o tipo previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/06, uma vez que não tinha conhecimento de que a arma encontrada sob sua posse era de uso restrito; requer a aplicação da pena-base no mínimo legal, uma vez que a reincidência foi valorada na primeira e na segunda fase da dosimetria da pena, por fim, sustenta que deve ser absolvida do delito descrito no art. 307 do CP,

uma vez que a peça acusatória não fez menção a esse delito, o que teria ocasionado prejuízo à defesa, além disso, argumenta que o uso de documento falso foi pautado na necessidade de retornar ao labor e ao convívio social.

Presentes os pressupostos recursais de admissibilidade intrínsecos (legitimidade, interesse, cabimento e inexistência de fato impeditivo e extintivo) e extrínsecos (tempestividade e regularidade formal), conheço do recurso.

Passo a decidir.

Da preliminar de nulidade por falta de alegações finais da acusação.

Em razão da prejudicialidade da matéria, examino, inicialmente, a **prefacial de nulidade aventada**, consistente em suposta falta de apresentação de alegações finais por parte do Ministério Público, o que ensejaria a declaração de nulidade do processo e por conseguinte a expedição de alvará de soltura da apelante.

A preliminar de nulidade do feito há de ser afastada porque, ao contrário do que alegou a apelante, as alegações finais foram apresentadas pelo Ministério Público, de forma oral, reduzidas à Termo, conforme Assentada de f. 229.

O entendimento sumulado pelo STF encontra conforto na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal no excerto em que condena a elevação de uma formalidade ao paroxismo, ao firmar que *"Se a parte interessada não argúi a irregularidade ou com esta implicitamente se conforma, aceitando-se os efeitos, nada mais natural que se entenda haver renunciado ao direito de argüi-la. Se toda formalidade processual visa um determinado fim, e este fim é alcançado, apesar de sua irregularidade, evidentemente carece esta de importância. Decidir de outro modo será incidir no despropósito de considerar-se a formalidade um fim em si mesma."*[1]

Por outro lado, da simples falta das alegações finais não decorre, necessariamente, a anulação do processo, nem a presunção de prejuízo; este deve demonstrado.

No campo das nulidades, de forma geral, não se proclama a nulidade do ato processual se não demonstrado o prejuízo (Princípio *pas de nulittè sans grief*). Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA.* ***AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO.*** *AUSÊNCIA DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC DESISTÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA PELA DEFESA. HOMOLOGAÇÃO EM JUÍZO.* ***RÉU PRESENTE. AUSÊNCIA DE PROTESTO EM ATA. NULIDADE NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF.*** *DOSIMETRIA DA PENA. CONSIDERAÇÃO INDEVIDA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL COMO DESFAVORÁVEL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. QUESTÕES JÁ APRECIADAS NO HC 172135. PREJUDICIALIDADE. 1. In casu, não tendo sido evidenciado qualquer vício quanto à intimação do defensor constituído, não há nulidade a ser sanada decorrente da desistência, devidamente homologada pelo juízo processante, da oitiva de uma das testemunhas anteriormente arroladas pela Defesa, pelo defensor nomeado, sem qualquer protesto do réu, que se encontrava presente na ocasião. Precedentes. 2. Ademais, no processo penal só se declara nulidade se houver efetivo prejuízo, conforme dispõe o art. 563 do Código de*

1 STF - HC n. 74.183/SP - Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 21/2/1997, p. 2.825.

Processo Penal, que materializa a máxima francesa pas de nulitté sans grief, que restou não foi demonstrado na espécie. 3. No mais, quanto à arguida ausência de motivação para a fixação da pena-base acima do mínimo legal e para o estabelecimento de regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena reclusiva, o writ acha-se prejudicado, na medida em que tais questões já foram apreciadas nos autos do HC 172135. 4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado."

(HC 130491/SP, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 17.11.2011, DJ. 28.11.2011).

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. JÚRI. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.TESES COLIDENTES. INEXISTÊNCIA. ART. 467 DO CPP. POSSIBILIDADE DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS PELAS PARTES APÓS OS QUESTIONAMENTOS DOS JURADOS. ***FALTA DE INDAGAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RATIFICAÇÃO DE DEPOIMENTOS. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO.*** *ORDEM DENEGADA. (...).*

3. Não há nulidade no julgamento por terem algumas testemunhas confirmado o depoimento anteriormente prestado, tampouco violação do art. 204 do Código de Processo Penal, visto que foi observado o contraditório, formulando a defesa, após a ratificação das declarações, reperguntas.

4. Ordem denegada."

(HC 40.157/RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, j. 03.08.2006, DJ 18.09.2006).

Pelas razões expostas, por se tratar de suposta nulidade relativa, ficou sanada pela preclusão. Ademais, não houve qualquer prejuízo à Defesa. Dessa forma, rejeito a preliminar de nulidade arguida e passo ao exame do mérito recursal.

Mérito.

Entendo que a sentença deve ser mantida, por existirem elementos suficientes a evidenciarem a prática delitiva.

A materialidade dos delitos de porte de arma de uso restrito e uso de documento falso está demonstrada através do Auto de Prisão em Flagrante de f. 05-06, Auto de Exibição e Apreensão de uma pistola 9 mm, 4 carregadores de pistola, 89 munições de calibre 9 mm, uma cédula de identidade e um título de eleitor falsos, conforme f. 32-34, Laudo de Perícia Papiloscópica de f. 175-182, Exame Documentoscópico de f. 190-194 e Laudo de Exame em Arma de Fogo e em Cartuchos de Munição de Arma de Fogo de f. 206-213.

A autoria do crime resultou comprovada, inclusive como confessado pela acusada, no interrogatório judicial de f. 239-241:

"(...). JUIZ: Consta aqui na denúncia que no dia 06 de fevereiro desse ano, por volta de 16:50 na Rua Augusta (F), 1.157 no Bairro Morada do Sol, a senhora teria sido flagrada por policias militares possuindo (ininteligível) depósito uma arma de uso restrito, tipo pistola calibre (ininteligível), com 04 carregadores e 89 munições do mesmo calibre sem autorização legal. Consta ainda que a senhora teria feito uso de uma (ininteligível) de identidade falsa que ali constava o nome de Mariana Cristina Rodrigues da Costa. Isso é verdade?

RÉ: É verdade.

JUIZ: Essa arma estava com a senhora mesmo?

RÉ: Não, não estava comigo, estava dentro do meu guarda-roupa.

JUIZ: Estava na sua casa?

RÉ: Sim.

JUIZ: Era sua?

RÉ: Era minha.

JUIZ: Com que a senhora obteve essa arma?

RÉ: Eu morava no Paraguai né, que assim que eu vim foragida lá do Mato Grosso, eu vim morar no Paraguai. Aí meu marido sofreu um acidente, ficou paraplégico e ele tinha uma moto, aí foi trocada a troco dessa arma quando a gente veio embora para vir cuidar dele no hospital, aí ficou guardada.

JUIZ: (Ininteligível) o documento dessa arma?

RÉ: Não.

JUIZ: Não?

RÉ: Não, foi trocada a troco da moto né.

JUIZ: A respeito do (ininteligível) falso, como a senhora obteve aquele documento?

RÉ: Assim que eu fugi, eu obtive ele para mim...

JUIZ: A senhora cumpri a pena onde?

RÉ: SINOP.

JUIZ: SINOP, tá. E aí a senhora fugiu...

RÉ: Vim para cá.

JUIZ: Aí a senhora obteve o documento, comprou (ininteligível)?

RÉ: Sim, para eu ficar né, que eu fiquei com os meus 03 filhos, que eu passei lá peguei meus filhos e vim embora pra cá. Meus filhos moravam na Barra do Garças né com a minha mãe, aí eu vim embora para cá com meus filhos, aí estava trabalhando e precisava de um documento né, para eu matricular meus filhos na escola, trabalhar.

JUIZ: A senhora utilizou esse documento na escola?

RÉ: Utilizei como tia deles.

JUIZ: Como tia? Esse documento seria de uma... Que quê é, irmã sua?

RÉ: Não, não sei de quem.

JUIZ: Porque tia?

RÉ: Hum.

JUIZ: A senhora (ininteligível) de tia.

RÉ: Não, eu falava que era tia deles com o documento né.

JUIZ: Falava que era tia? Aí a senhora chegou a apresentar esse documento até em alguns lugares, na escola?

RÉ: Apresentei na escola para matricular meus filhos e falava para as pessoas que eu era Mariana.(...)".

A acusada confirmou como verdadeiros os fatos a ela imputados na denúncia, e a confissão do delito encontra-se alicerçada aos demais elementos de convicção, motivo pelo qual a confissão, nos termos do art. 197 do CPP, não deve ser descartada.

Da desclassificação do art. 16 da Lei 10.826/2006 para o art. 14 da mesma Lei.

Alega a recorrente que sua conduta se subsume ao tipo previsto no artigo 16 da Lei 10.826/2006, pois a apelante não tinha conhecimento de que a arma encontrada sob sua posse era de uso restrito, portanto, deve se operar a desclassificação do art. 16 da Lei 10.826 (posse ilegal de arma de fogo de uso restrito) para o art. 14 da mesma Lei (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), por erro de tipo.

Como bem salientou o magistrado de primeiro grau, em sua decisão, não merece provimento o pleito de desclassificação para o delito do art. 14, *caput*, da Lei 10.826/03.

Isso porque o delito descrito no art. 16, *caput,* da Lei 10.826/03 é delito de perigo abstrato, bastanto a mera conduta de possuir a arma de fogo e munições de usos restritos para violar o bem jurídico tutelado (segurança pública), que é a incolumidade pública. Desnecessária a existência de resultado naturalístico, para que ocorra a consumação, ou seja, prescindível que se demonstre que alguém tenha sido exposto a perigo de dano.

O decreto n. 3.665/2000 esclarece quais são as armas, munições e acessórios de uso permitido e restrito, conforme se verifica:

"Art. 16. São de uso restrito:

I - armas, munições, acessórios e equipamentos iguais ou que possuam alguma característica no que diz respeito aos empregos tático, estratégico e técnico do material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais;

II - armas, munições, acessórios e equipamentos que, não sendo iguais ou similares ao material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais, possuam características que só as tornem aptas para emprego militar ou policial;

III - armas de fogo curtas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a (trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .357 Magnum, 9 Luger, .38 Super Auto, .40 S&W, .44 SPL, .44 Magnum, .45 Colt e .45 Auto;

(...)."

Quanto à tese do desconhecimento da lei sobre o erro de tipo, melhor sorte não socorre à apelante, isso porque o erro sobre a ilicitude do fato não se justifica, pois a Apelante teria de se informar para ter conhecimento da restrição de uso de uma pistola Luger 9mm, 04 carregadores e 89 munições do mesmo calibre.

O alegado erro de tipo é inescusável, não assiste razão à recorrente em invocar a excludente de culpabilidade do erro de tipo, uma vez que é amplamente divulgado e de conhecimento comum do cidadão a proibição do porte de arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Por essas razões, mantenho a condenação da apelante no delito descrito no art. 16, *caput*, da Lei 10.826/03, uma vez que a acusada mantinha sob sua guarda, em sua residência, uma arma de fogo (pistola Luger 9 mm), quatro carregadores e 89 munições do mesmo calibre, todos de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Da pena-base.

A Apelante pleiteia a redução da pena-base imposta, alegando que o magistrado sopesou a reincidência na primeira e na segunda fase da dosimentria da pena, gerando *bis in idem.*

Todavia, não é o que se verificada do decreto condenatório.

Com relação à dosimetria da pena, observa-se que o magistrado *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal pelos seguintes motivos, *in verbis* (f. 255-261-v.):

> *"**II.II - FIXAÇÃO DAS PENAS***
>
> *1ª Fase – Circunstâncias Judiciais*
>
> *Atento ao disposto no art. 59 do Código Penal e obedecido o critério trifásico, fixo-lhe as penas.*
>
> *Dos autos não constam elementos para se aferir a conduta social da acusada.*
>
> *A par da condenação que será utilizada para forjar reincidência, as certidões e folhas de **antecedentes criminais** juntadas às fls. 75/81, informam que a acusada foi condenada por sentença condenatória transitada em julgado em 03/10/2000 ao cumprimento de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, pela prática do roubo circunstanciado, nos autos nº 181/2000, que tramitou pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Rondonópolis/MT, a qual gerou a guia de recolhimento nº 0013614-45.2012, atualmente em trâmite pelo Juízo da 1ª Vara de Execução Penal desta Comarca.*
>
> *Os motivos do crime são comuns ao tipo penal.*
>
> *Não existem nos autos elementos para se aferir a personalidade do agente.*
>
> *As circunstâncias e conseqüências do crime circunscrevem-se ao normal do tipo penal, exceto que a acusada cometeu os delitos estando foragida.*
>
> *A culpabilidade do acusado é normal a espécie.*
>
> *Em tal contexto, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis à acusada ([2]), fundamento pelo qual fixo as penas bases em 04 (quatro) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa para o delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e 05 (cinco) meses de detenção, para o delito de falsa identidade.*
>
> *2ª Fase – Atenuantes e Agravantes.*

2 A esse respeito é o magistério de GUILHERME DE SOUZA NUCCI: "... é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, caput, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo" (CÓDIGO PENAL COMENTADO - ed. RT - 2005 - p. 330). Referido autor cita decisões do E. STF, TJ-RS e TJ-MS em abono de tais lições.

> *Na segunda fase da fixação da pena,* ***incidem a atenuante da confissão espontânea*** *(posto que a acusada confessou espontaneamente a autoria dos delitos)* ***e a agravante da reincidência*** *(a acusada foi condenada ao cumprimento de 06 (seis) anos de reclusão pela prática do crime do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, nos autos nº 2007/80, cuja sentença condenatória transitou em julgado em 15/10/2007, sendo que tal ação penal tramitou perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Barra do Garça/MT, tendo gerado a guia de recolhimento nº 0013586-77.2012, em trâmite perante a 2ª Vara de Execução Penal desta Comarca, conforme as certidões e folhas de antecedentes juntadas às fls. 75/81),* ***logo, efetuo a compensação das mesmas, sem alteração das penas bases.***
>
> *A folha de antecedentes constitui documento hábil para reconhecimento da reincidência, mormente quando admitido nos autos pela própria acusada que foi condenada pelo delito e cumpriu pena ([3]).*
>
> *3ª Fase – Causas de Aumento/Diminuição de Pena*
>
> *Na terceira fase da fixação da pena,* ***não havendo elementos a serem considerados, torno as penas definitivas em 04 (quatro) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa para o delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e 05 (cinco) meses de detenção, para o delito de falsa identidade****, à míngua de outros elementos que influenciem na sua fixação.*
>
> *Tendo em vista a situação econômica da denunciada, fixo valor do dia-multa no mínimo legal, ou seja, 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, que deverá ser devidamente corrigido, na forma do § 2. º do art. 49 do Código Penal."*

Assim, quanto ao pedido de redução da pena-base, verifica-se que não assiste razão à apelante, uma vez que a majoração da pena-base deve ser mantida pela constatação dos antecedentes criminais, já que a Apelante possui contra si mais de uma condenação anterior transitada em julgado e que não caracteriza situação de reincidência. Por isso, mantenho a exasperação da pena-base em decorrência dos maus antecedentes (Processo n. 0019145-59.2005.8.12.0001 - f. 75).

Outrossim, argumenta a recorrente que a reincidência foi duplamente sopesada, pois a pena-base já tinha sido elevada em razão dos antecedentes e posteriormente elevou-se mais ainda na segunda etapa, pela agravante da reincidência, o que teria ocasionado *bis in idem*. Entretanto, sem razão a defesa.

Isso porque a certidão de antecedentes criminais de f. 75/81 revela a existência de duas condenações definitivas (f. 75 e f. 80) anteriores ao fato delituoso retratado nos autos, e a utilização de condenações distintas e com trânsito em julgado, para fins de aumento da pena por maus antecedentes e reincidência, não viola o principio do *non bis in idem.*

Nesse caso, está afastada a aplicabilidade da Súmula 241 do STJ, uma vez que é plenamente possível a exasperação da pena na primeira fase (antecedentes criminais) e na segunda fase (reincidência), pois os acréscimos serão oriundos de condenações distintas, não havendo qualquer valoração sobre a mesma circunstância (causa).

Esse é o posicionamento pacífico na jurisprudência:

> *"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. ORDEM DENEGADA. 1. Alega-se que a valoração dos*

3 Nesse sentido decidiu o E. TJ-MS: "A folha de antecedentes do Instituto de Identificação Gonçalo Pereira é documento público, apto a comprovar a reincidência, cabendo à defesa comprovar a inveracidade das informações" (TJMS; ACr 2010.002624-9/0000-00; Três Lagoas; Segunda Turma Criminal; Rel. Juiz Manoel Mendes Carli; DJEMS 09/06/2010; Pág. 48).

maus antecedentes e da reincidência na mesma condenação afrontariam o princípio do non bis in idem. 2. A jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que o bis in idem na fixação da pena somente se configura quando o mesmo fato - a mesma condenação definitiva anterior - é considerado como signo de maus antecedentes (circunstância judicial do art. 59 do Código Penal) e como fator de reincidência (agravante genérica do art. 61 também do Código Penal). Precedentes. 3. Nada impede que condenações distintas dêem ensejo a valorações distintas, porquanto oriundas de fatos distintos. 4. Não se verifica constrangimento ilegal a ser sanado, pois o paciente possui mais de uma condenação definitiva, sendo possível utilizar uma para considerar negativos os antecedentes e a outra como agravante da reincidência, inexistindo bis in idem. 5. Habeas corpus denegado."

(STF - HC 99044/SP; rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 27.4.2010).

"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CAUSA AGRAVANTE GENÉRICA OBRIGATÓRIA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. I - As circunstâncias judiciais são colhidas dos elementos fáticos trazidos pelo processo para a fixação da pena-base, sobre a qual são aplicadas as agravantes e atenuantes e, após, as causas de aumento e diminuição. II - O aumento da pena, em função da reincidência, expressamente prevista no art. 61, I, do Código Penal, não constitui bis in idem quando não utilizada como circunstância judicial para a fixação da pena-base. III - Ordem denegada."

(STF – HC 94846/RS , rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. 07.10.2008).

Assim, apesar da apelante sustentar que o registro de reincidência é imprestável para caracterização da agravante aduzindo que houve *bis in idem,* verifico à luz da súmula 444 do STJ que o apelante possui duas condenações definitivas distintas, e o magistrado se utilizou de uma delas para configurar maus antecedentes (Processo n. 0019145-59.2005.8.12.0001 - f. 75) e de outra para a reincidência (Registro n. 80/2007, transitado em julgado em 20/06/2008 – f. 80), não havendo falar, portanto, de dupla valoração.

Do pedido de prevalência da atenuante da confissão sobre a agravante da reincidência.

A Apelante insurge-se contra a sentença, pelo fato de ter o magistrado considerado, no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, a equivalência da confissão espontânea com a reincidência. Sustenta que a atenuante da confissão deveria prevalecer sobre a agravante da reincidência.

Não assiste razão à apelante.

Entendo que estas duas circunstâncias legais (confissão espontânea e reincidência) são igualmente preponderantes, cabendo assim a compensação.

Assim foi decidido por esta 1ª Câmara Criminal, na Apelação Criminal 0062417-93.2011.8.12.0001, da relatoria do Des. Francisco Gerardo de Sousa, julgado à unanimidade em 26.11.2012, que *"(...) A agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (...)"*, por serem igualmente preponderantes.

Tal entendimento também é o da Terceira Seção do STJ que, representando as duas Turmas Criminais do STJ, no EREsp. n. 1154752/RS decidiu ser possível a compensação da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, nesses termos:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

> *1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.*
>
> ***2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.***
>
> *3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local."*
>
> (EREsp. 1154752/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/09/2012).

No caso dos autos, no tocante aos concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, há equivalência entre a confissão espontânea e reincidência, diante da idêntica intensidade duas circunstâncias, não havendo que se falar de preponderância de uma sobre a outra, posto que do mesmo patamar.

Do uso de documento público falso.

Pugna a Apelante por sua absolvição, aduzindo que sofreu prejuízo em razão de ter sido surpreendida com a condenação no art. 307 do Código Penal, uma vez que o delito não estava descrito na denúncia. Outrossim, alega que o magistrado deixou de fundamentar o porque de não aplicar a descriminante do Estado de Necessidade sustentada pela defesa nas alegações finais. Sustenta que deve ser aplicada a excludente de ilicitude do Estado de Necessidade de Liberdade pois a apelante só passou a fazer uso de documento público falso para voltar ao convívio social.

Vejamos o que narra a peça acusatória (f. 02-03):

> *"(...)* ***DO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO.***
>
> *4. Na ocasião dos fatos acima narrados, a denunciada MARI LURDES DE CARMEM SIQUEIRA fez uso de uma cédula de identidade falsa, onde constava o nome de MARIANA CRISTINA RODRIGUES DA COSTA.*
>
> *5. Ao ser abordada, a denunciada apresentou o RG 12.436.833 SSP/BA, em nome de MARIANA CRISTINA RODRIGUES DA COSTA, e confessou que fazia o uso de documento falso, afirmando, ainda, que o adquiriu pelo valor de R$ 700,00 (setecentos reais), a fim de não ser identificada, já que estava foragida.*
>
> *Ab initio, examino a insurgência sobre da Apelante em ter sido denunciada pela prática dos crimes descritos no art. 16, caput, da Lei 10.826/03 e art. 304 c/c 297 do Código Penal, vindo ao final, ser condenada pelo delito do art. 307 do Código Penal."*

Segundo o princípio da correlação, a sentença está limitada apenas à narrativa feita na peça inaugural, pouco import5ando a tipificação dada pelo acusador, ainda que, em conseqüência, venha a aplicar pena mais grave, sem necessidade de prévia vista para a defesa. É o que esclarece Norberto Avena[4]:

> *"A emendatio libelli e a mutatio libelli são institutos próprios da sentença condenatória e da decisão de pronúncia, implicando nova destinação jurídica do fato. É por meio da emendatio e da mutatio, enfim, que o juiz, ao sentenciar, atribui ao fato descrito uma capitulação (artigo) distinta daquela originalmente incorporada à denúncia ou à queixa.*

4 Processo Penal Esquematizado - 4ª ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012. p. 1080

(...)

13.6.1. Emendatio libelli (art. 383 do CPP).

Trata-se de hipótese na qual o juiz, ao condenar ou pronunciar o réu, atribuiu nova definição jurídica ao fato descrito, sem, porém, acrescentar a esse mesmo fato qualquer circunstância ou elemento que já não estivessem descritos na inicial e da qual o acusado, portanto, não se tenha defendido. Referindo-se à sentença condenatória, dispõe, com efeito, o art. 383 do CPP que "o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave." (...)

Na emendatio libelli, em verdade, inexistem acréscimos na sentença quanto ao fato inicialmente atribuído e que consta na denúncia ou na queixa. Por isso mesmo é que facultam os arts. 383 e 418 do CPP o reconhecimento pelo juiz, na sentença, de crime cuja capitulação importe em aplicação de pena mais grave independente de qualquer providência prévia relacionada à concessão de novas oportunidades de defesa ao réu.

Neste contesto, e levando em conta o regramento inserido ao Código de Processo Penal, três formas de emendatio libelli são passíveis de aplicação pelo juiz diante do caso concreto que esteja sob a sua análise:

1) emendatio libelli por defeito de capitulação: situação na qual o juiz profere sentença condenatória ou decisão de pronúncia em conformidade exata com o fato descrito na denúncia ou na queixa. Sem embargo, reconhece que tal fato amolda-se ao dispositvo penal distinto daquele que constou na inicial. (...)

2) emendatio libelli por interpretação diferente: examinando a descrição do fato constante da denúncia ou da queixa, realiza o juiz interpretação diferente da que o fez o Ministério Público ou o querelante quanto ao enquadramento da conduta narrada. (....)

3) emendatio libelli por supressão de circunstância: neste caso, o magistrado atribui nova capitulação ao fato imputado em razão da não constatação pelas provas angariadas na fase instrutória, de elemento ou circunstância que estejam contidos na inicia. Em suma, há aqui, modificação fática, mas não para acrescentar, e sim para subtrair circunstâncias do fato descrito, importando esta simples supressão na mudança de classificação jurídica (artigo). (...)."

Tal hipótese está prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, que dispõe: *"O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave."*

Isso porque o acusado defende-se dos fatos narrados na denúncia, e não da sua capitulação. Nesse sentido é o entendimento do STJ:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. VIOLAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EMENDATIO LIBELI. ART. 383 DO CPP. SENTENÇA. CONGRUÊNCIA AOS FATOS CAPITULADOS NA DENÚNCIA. ANÁLISE PROFUNDA. VIA INADEQUADA. ORDEM DENEGADA. 1. O réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da classificação que faz dele o órgão acusador. Por isso, uma equivocada classificação do delito não tem a força de invalidar a denúncia. 2. Deve o magistrado, no momento da sentença, corrigir e adequar a tipificação, atribuindo-lhe definição jurídica diversa, mesmo que tenha de aplicar pena mais grave. Trata-se, na hipótese, da emendatio libeli, previsto no art. 383 do CPP. 3. O juiz da causa pode condenar o réu por delito diverso daquele pelo qual foi denunciado, desde

que haja equivalência com os fatos narrados na denúncia. 4. Observado o princípio da correlação – um dos sustentáculos do devido processo legal, já que assegura o direito à ampla defesa e ao contraditório –, não há falar em nulidade da sentença condenatória e, consequentemente, em constrangimento ilegal, apto a justificar a ordem de habeas corpus. 5. Aferir profundamente a ofensa ao princípio acusatório implicaria revolvimento fático-probatório, procedimento vedado em sede de habeas corpus. 6. Ordem denegada."

(HC n. 116.490/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ: 17/11/2009, T5 - Quinta Turma).

No tocante à falta de pronunciamento jurisdicional sobre as teses apontadas pela defesa, não há nulidade a ser reconhecida, pois o magistrado não está obrigado a rebater todos os argumentos trazidos pela parte, notadamente se adotou entendimento diverso. No caso, o magistrado estabeleceu motivos suficientes para motivar integralmente o convencimento, inclusive, desclassificando o delito descrito na denúncia (art. 304 c/c 297 do CP) para o tipo previsto no art. 307 do CP.

A respeito é o entendimento do STJ:

"O magistrado não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas em Juízo quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão."

(REsp 1003668, Relator Ministro Og Fernandes, Publicado em 06/08/2012).

"Ressalte-se que o juiz não está obrigado a rebater, pormenorizadamente, todas as questões trazidas pela parte, citando os dispositivos legais que esta entende pertinentes para a resolução da controvérsia."

(REsp 1173537, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Publicado em 22/05/2012)

"Vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o Magistrado tem liberdade para decidir, dentro dos limites fixados na lei e na Constituição, conforme o seu convencimento, não estando o julgador obrigado a manifestar-se sobre todas as teses deduzidas pelas partes, devendo, contudo, expor os motivos e fundamentos que justificaram sua decisão."

(EDcl no AgRg no HC 154.407/SP, Relator Ministro Haroldo Rodrigues, Sexta Turma, DJe de 04/10/2010).

O juiz não está obrigado a rebater todos os argumentos trazidos pelas partes para defesa de sua tese, pode decidir a controvérsia bastando indicar os fundamentos suficientes à compreensão de sua razões de decidir, e assim cumprirá o mandamento constitucional previsto no art. 93, IX da CF.[5]

Sobre a aplicabilidade da excludente de ilicitude por Estado de Necessidade, é inadmissível, pois é equivocado dizer que a falsa identidade, praticada nas circunstâncias e com a intenção nestes autos evidenciadas, possa socorrer-se da defesa de quem busca esquivar-se do cumprimento da lei penal (a apelante era foragida do Estado de Mato Grosso).

A autodefesa que se deve assegurar à ré é aquela relativa ao próprio fato criminoso por que foi presa. Por garantia constitucional, pode a acusada silenciar sobre o fato criminoso que lhe é atribuído, o que não se confunde com a indicação falsa de sua própria identidade. Esse tipo de autodefesa não é previsto como excludente de ilicitude em nosso ordenamento jurídico e por isso, não tem o condão de beneficiar a apelante da imputação sobre os fatos descritos na peça acusatória.

5 STJ – HC 180821/MS.

Mesmo que possa mentir para defender-se, não lhe socorre o direito de mentir quanto à sua identificação. A falsa identidade com o intuito de ocultar a condição de foragido da Justiça não encontra amparo na garantia constitucional de não se auto-incriminar, tendo em vista que esta abrange tão somente o direito de o acusado não produzir provas contra si e não a de mentir quanto à sua identificação civil, dificultando ou mesmo frustrando a aplicação da lei penal.

A respeito é o seguinte julgado:

> *"O princípio nemo tenetur se detegere, que emerge dos arts. 186 e 198 do CPP, não vai ao ponto de conferir imunidade a indiciado ou acusado, perante o art. 307 da lei penal substantiva.* ***Uma coisa é calar ou mesmo, ou alterar a verdade sobre fato ou fatos delituosos que lhe são imputados, e suas circunstâncias, pois em função do aludido princípio não está obrigado a declarações auto-incriminatórias, outra é falsear elementos de sua própria identidade, para obter vantagem em proveito próprio ou alheio, ou para causa dano a outrem."***
>
> (TARJ - RT 532/415).

Ensina Cleber Masson[6] que: *"Estado de necessidade é a causa de exclusão da ilicitude que depende de uma situação de perigo, caracterizada pelo conflito de interesses lícitos, ou seja, uma colisão entre bens jurídicos pertencentes a pessoas diversas, que se soluciona com a autorização conferida pelo ordenamento jurídico para o sacrifício de um deles para a preservação do outro."*

O estado de necessidade não pode constituir em uma autorização para permitir que a acusada alcance a impunidade e tenha justificada a possibilidade de praticar outros delitos.

Do perdimento de bens e valores.

Pleitea a Apelante a devolução dos bens apreendidos por ocasião do flagrante.

Inicialmente, verifico que a quantia de R$ 456,20 (f. 45), os aparelhos de celular, o capacete e a balança, apreendidos nos autos já tiveram a restituição deferida, através da decisão dos Embargos de Declaração de f. 287-288-v.

Remanescem os pedidos de devolução da motocicleta Honda Biz 125 EX, placas NRI-1448, que encontra-se registrada em nome diverso da acusada e dos valores depositados em conta corrente aberta com documentos falsos. Sustenta a apelante que tais bens foram adquiridos com proventos de seu trabalho lícito, razão pela qual requereu a liberação desses bens.

Em primeira instância, assim restou consignado sobre a destinação dos bens (f. 287-288-v):

> *"Em relação ao valores apreendidos com acusada (R$ 456,20 (quatrocentos e cinquenta e seis reais e vinte centavos) fl. 45), bem como os aparelhos de telefone celular, capacete e balança, determino a devolução dos mesmos à acusada, posto que não restou comprovado nos autos serem de origem ilícita, tampouco usados na prática de delitos.*
>
> *De outra banda, a motocicleta Honda Biz 125 EX, placas NRI-1448 deverá permanecer depositada nos autos, haja vista que existem fundadas dúvidas a respeito da propriedade da mesma, uma vez que tal motocicleta encontra-se registrada em nome diverso da acusada".*
>
> *Por fim, novamente a acusada pretende a liberação do saldo constante em conta corrente aberta com documentos falso.*

6 *Direito Penal Esquematizado. Parte Geral.* - 4ª ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2011. p. 381

A par de existirem dúvidas a respeito da titularidade e da origem lícita do numerário depositado na conta corrente informada, a qual foi aberta com documentos falsos, o pleito não encontra qualquer fundamento legal, motivo pelo qual deve ser indeferido.

Diante do exposto, CONHEÇO os EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos por MARI LURDES DE CARMEM SIQUEIRA, para sanar a omissão contida na sentença de fls. 255/261, entretanto, DOU PARCIAL PROVIMENTO, para as seguintes formalidades:

1) DEFERIR a restituição do dinheiro apreendido nos autos (R$ 456,20 (quatrocentos e cinquenta e seis reais e vinte centavos) fl. 45), bem como os aparelhos de telefone celular, o capacete e a balança que também foram apreendidos;

2) INDEFERIR a expedição de alvará para a liberação da motocicleta apreendida nos autos e respectiva documentação, posto que em relação a tal bem não resta demonstrada a inequívoca propriedade e origem lícita; e

3) INDEFERIR a expedição de ofício para liberação de dinheiro depositado em conta corrente aberta com documentos falsos, por falta de fundamentação legal. (...).”

A Apelante alega que faz jus à devolução dos bens, uma vez que estes foram adquiridos com proventos de seu trabalho lícito. Tal argumento, contudo, não encontra guarida quando consultadas as provas encartadas nos autos.

Com efeito, não houve a comprovação da propriedade do bem, e é inviável a devolução da motocicleta Honda Biz 125 EX, placas NRI-1448, pois verifica-se do auto de apreensão de f, 34 que a propriedade do veículo encontra-se registrada em nome diverso da acusada (Mariana Cristina Rodrigues da Costa), corroborando que a recorrente não comprovou a propriedade lícita do bem.

O mesmo se dá com relação à quantia em dinheiro depositada em contas correntes abertas com o uso de documento falso, o que é efeito automático da sentença condenatória, nos termos do art. 91, II, “a” e “b” do CP.

Assim, não há como pleitear a restituição pleiteada.

Prequestionamento.

Com relação aos prequestionamentos aventados, esclareço que a matéria foi apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de a matéria se confundir com o mérito e ter sido amplamente debatida.

Conclusão.

Isto posto, contra o parecer de f. 308-317, rejeito a preliminar aventada e no mérito, nego provimento ao recurso interposto por Mari Lurdes de Carmem Siqueira, permanecendo os comandos da sentença proferida às f. 255-261, impugnada conforme embargos de declaração de f. 287-288, exceto com relação ao regime de cumprimento de pena, que deve ser o aberto, já que a pena de reclusão não é superior a 4 anos.

Assim, mantém-se a condenação à pena de 04 anos de reclusão e 05 meses de detenção e 15 dias-multa, porém ela deve ser cumprida em regime aberto, pela prática dos crimes descritos no art. 16, *caput,* da Lei n. 10.826/2007 e art. 307 do CP.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, IMPROVERAM O APELO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 29 de julho de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0017980-98.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Designada Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIDA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – ACOLHIDA EM PARTE – CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MAL SOPESADAS – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO – NÃO ACOLHIDA – ART. 33, § 2º, *B*, E § 3º, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO IMPROVIDO.

I - Não há que se falar em absolvição quando presente nos autos provas suficientes a embasar o édito condenatório.

II - O crime praticado em concurso de agentes em elevado número, (05) autoriza o aumento da reprimenda acima do mínimo legal.

III - Com relação às consequências do delito, só devem agravar a pena-base quando não sejam inerentes ao próprio tipo penal, sob pena de *bis in idem*.

IV - Cuidando-se o roubo de crime patrimonial, a pena não pode ser elevada com base no prejuízo sofrido pela vítima, a não ser que se trate de exacerbada lesão ao patrimônio, e isso justamente ocorreu no caso presente, em que o prejuízo foi elevado, pois se trata da quantia de mais de R$ 18.000,00.

V - O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar, além da quantidade da pena aplicada (parágrafo 2.º do art. 33 do CP), as condições pessoais do réu (parágrafo 3º do artigo 33 c/c 59 do CP) (STJ, REsp. 467211/AC).

VI - A exasperação da pena acima do mínimo de 1/3, na terceira fase da dosimetria, não se deu com base unicamente no número de majorantes, tendo o Juiz de primeiro grau destacado a maior intensidade das causas de aumento, com menção do número de agentes e a utilização de arma de fogo, circunstâncias concretas aptas a afastar a aplicação da Súmula n. 443/STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o parecer, improver o apelo, nos termos do voto da Revisora, vencido o Relator.

Campo Grande, 1º de julho de 2013.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora Designada.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de apelação criminal interposta por Júlio Espíndola Silvestre, contra a sentença proferida pela Juíza da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, MS (fls. 144 – 148 v.), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 106 (cento e seis) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Dos autos consta que no dia 18 de dezembro de 2009, por volta das 15 horas, no estabelecimento comercial Pastel D'ouro, localizado à Rua Assis Chateaubriant, n. 96, Cabreúva, nesta Capital, o apelante, juntamente com mais 04 (quatro) comparsas não reconhecidos, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, renderam a vítima Renato Grecchi Junior (proprietário do estabelecimento) e subtraíram aparelhos celulares, uma aliança de ouro, R$ 15.000,00 (quinze mil reais) do escritório da vítima em espécie e mais R$ 3.700,00 (três mil e setecentos reais) de Sebastião Inácio de Souza (amigo de Renato) que se encontrava no escritório de Renato.

Em razões de apelação (fls. 186 – 191 v.), Júlio Espíndola Silvestre pugna a absolvição. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal e a fixação de regime inicial aberto. Ao final, prequestiona o art. 59 do Código Penal.

O Ministério Público Estadual, em contrarazões (fls. 196 – 206), pugna o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 213 – 222), opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Trata-se de apelação criminal interposta por Júlio Espíndola Silvestre, contra a sentença proferida pela Juíza da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, MS (fls. 144 – 148 v.), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 106 (cento e seis) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Dos autos consta que no dia 18 de dezembro de 2009, por volta das 15 horas, no estabelecimento comercial Pastel D'ouro, localizado à Rua Assis Chateaubriant, n. 96, Cabreúva, nesta Capital, o apelante, juntamente com mais 04 (quatro) comparsas não reconhecidos, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, renderam a vítima Renato Grecchi Junior (proprietário do estabelecimento) e subtraíram aparelhos celulares, uma aliança de ouro, R$ 15.000,00 (quinze mil reais) do escritório da vítima em espécie e mais R$ 3.700,00 (três mil e setecentos reais) de Sebastião Inácio de Souza (amigo de Renato) que se encontrava no escritório de Renato.

Em razões de apelação (fls. 186 – 191 v.), Júlio Espíndola Silvestre pugna a absolvição. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal e a fixação de regime inicial aberto. Ao final, prequestiona o art. 59 do Código Penal.

Passo à análise do recurso.

O apelante pugna a absolvição por insuficiência de provas.

Razão não lhe assiste.

A materialidade delitiva restou consubstanciada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 09 – 10) e Auto de Reconhecimento Pessoal (fls. 12, 14 e 15).

A autoria também é certa e recai sobre o apelante.

É que, embora o apelante tenha negado a autoria delitiva em ambas as fases processuais, as vítimas confirmaram a ocorrência da subtração, da grave ameaça e reconheceram o réu como um dos autores do delito, vejamos:

> *"(...) QUE, confirma o noticiado no Boletim de Ocorrência nº 21391/DEPAC, ocasião em que cerca de quatro homens entraram no local, dois deles armados com revólveres e praticaram o roubo, subtraindo os valores o objetos já relacionados na notícia crime; QUE, esclarece ainda que os autores não se utilizaram de nenhum artifício para esconder o rosto, praticaram o roubo "de cara limpa", motivo pelo qual o declarante tem condições de reconhecer ao menos dois dos autores do roubo, mais precisamente os que estavam armados com revólveres; QUE, esclarece ainda que um de seus funcionários, passado alguns dias, assistiu reportagem na televisão mostrando a imagem de autores de roubo, sendo que reconheceu um daqueles homens que aparecia na imagem, como um dos autores do roubo no comércio do declarante, ciente disso, procurou esta Delegacia Especializada aonde lhe foi exibida inicialmente fotografia de pessoas presas na celas da DERF, tendo reconhecido o preso Julio Espindola Silvestre como um dos autores do roubo, tendo sido convidado em seguida, a realizar reconhecimento pessoal em sala própria; (...)" (Renato Grecchi, fl. 11).*

> *"(...) QUE, o declarante é amigo do Sr. Renato Grecchi Junior e no dia 18/12/2009 por volta das 15h00min estava no comércio do coleta, "Pastelaria D'Ouro Ltda"; QUE, com Renato, estavam no escritório, ocasião em que no recinto surgiram dois homens armados com revólver e anunciaram o roubo; QUE, aqueles homens que entraram no escritório não escondiam o rosto, mediante ameaça com arma de fogo, aqueles dois pegaram todo o dinheiro que estava no cofre e em cima da mesa; QUE, do declarante foi roubado sua carteira com todos os documentos pessoais, R$ 3.700,00 (três mil e setecentos reais); QUE, após conseguirem o que queriam, aqueles dois homens fugiram do escritório, passado algum tempo, o declarante e Renato saíram do escritório e foram para a frente do comércio, ocasião em que foram informados pelos funcionários, que havia outros três homens armados que os renderam na frente; QUE, o declarante tem condições de reconhecer aqueles homens que entraram no escritório e que roubou o declarante e também subtraíram dinheiro do cofre. (...)" (Sebastião Inácio de Souza, fl. 16).*

Em juízo, Renato Grecchi Junior relatou:

> *"(...) JUÍZA: Então, a pessoa que o senhor reconheceu na delegacia o senhor viu lá embaixo, e estava junto com a pessoa que subiu com o senhor?*
>
> *DEPOENTE: Estavam, então foram 05 que estavam na empresa e depois saíram correndo e tal.*
>
> *JUÍZA: Essa pessoa que o senhor guardou a fisionomia que reconheceu o senhor se recorda se ele estava armado quando o senhor o viu ou o senhor não tem condição de dizer?*

DEPOENTE: Olha eu não tenho condição se eu afirmar que estava eu, eu acho que eu vou estar cometendo um equívoco que ele estava participando ele estava, isso eu tenho certeza.

JUÍZA: Então seria importante para o senhor é visse o réu o réu na sala de reconhecimento é uma sala especial que o senhor pode ver a pessoa e ele não vai conseguir vê o senhor, então eu convido o senhor ir até lá e olhar a fisionomia do réu e o senhor retorna eu retorno a gravação e o senhor vai dizer se essa pessoa que o senhor reconheceu na delegacia que o senhor viu no dia dos fatos tá?

DEPOENTE: Sem problemas.

JUÍZA: Pode suspender Senhor Renato o senhor viu o réu na sala de reconhecimento, e ele é uma das pessoas que praticaram o assalto?

DEPOENTE: É.

JUÍZA: O senhor não tem dúvidas?

DEPOENTE: Não, que estava no, no dia lá." (fls. 96 – 97).

Tem-se, ainda, o depoimento testemunhal:

"(...) QUE, o declarante é funcionária do estabelecimento comercial denominado "Pastelaria D'ouro Ltda." situdada na Rua Assis chateaubriand nº 96 no Bairro Cabreuva, exercendo a função de secretária; QUE, no dia do roubo noticiado no Boletim de Ocorrência nº 21391/2009/DEPAC, a declarante estava na recepção, logo na entrada do comércio, quando por volta das 15h00h do dia 18/12/2009, entraram abruptamente cinco homens, todos armados com revólveres, nenhum deles escondeu o rosto, "de cara limpa", renderam a declarante, outro funcionário Thiago, e, em seguida, o patrão Sr. Renato e o amigo Sebastião; QUE, afirma a declarante que não sofreu violência física, apenas psicológica ao ver tantos homens armados; QUE, da declarante foi roubado 01 (um) aparelho de telefone celular, marca Sansung, habilitado para operadora CLARO, para o número 9242-4188, objeto que adquiriu pela importância de R$ 100,00 (cem reais); QUE, os autores do roubo permaneceram no local por cerca de cinco minutos; QUE, os autores roubaram dinheiro do comércio, valores que seu patrão RENATO informou no boletim de ocorrência; QUE, a declarante tem condições de reconher ao menos três dos cinco homens que praticaram o roubo; QUE, esclarece ainda qeu em momento algum aqueles homens determinaram que não olhassem para eles, ou seja, eles não estavam preocupados em serem reconhecidos posteriormente; (...)" (Kizy Baes Athayde, fl. 13).

"(...) MP: E a senhora chegou a fazer o reconhecimento lá na delegacia?

DEPOENTE: Sim.

MP: Do acusado?

DEPOENTE: Sim.

MP: A senhor tem condições hoje de reconhecê-lo?

DEPOENTE: Tenho, com tanto que ele não veja minha fisionomia, eu tenho.

(...)

JUÍZA: Eu vou pedir para senhora ir até a sala de reconhecimento olhar o réu, e me dizer se é uma das pessoa que praticaram o assalto, tá? Pode suspender. A senhora viu o réu (...)

DEPOENTE: Vi.

JUÍZA: É a mesma pessoa que praticou o assalto?

DEPOENTE: É o mesmo.

JUÍZA: Ele é um dos que estavam armados?

DEPOENTE: É, um dos, aham." (Kizy Baes Athayde, fls. 98 – 99).

Desta forma, não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas, já que o apelante foi reconhecido veementemente pelas vítimas.

Subsidiariamente, o apelante requer a redução da pena-base no mínimo legal e a fixação de regime inicial semiaberto.

Pois bem. A magistrada sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal diante dos seguintes fundamentos:

*"(...) A **culpabilidade**, como grau de censura da ação ou omissão do agente, mostra-se normal à espécie, nada tendo a valorar; os **antecedentes** são péssimos, visto que o apenado possui duas condenações definitivas, (f. 123;132); não há nos autos elementos para aferição da sua **conduta social** e **personalidade**; o **motivo** do crime é comum ao tipo delitivo, qual seja, o lucro fácil em detrimento do patrimônio e integridade física/psíquica das vítimas, não cabendo valoração negativa; as **circunstâncias** em que o crime ocorreu não beneficiam o apenado de qualquer forma, tendo em vista que foi praticado em concurso de agentes, sendo que realizado por cinco ou seis pessoas, o que demonstra maior reprovabilidade de sua conduta e vulnerabilidade das vítimas, esclarecendo que tal circunstância será sopesada nesta fase, ante o concurso de majorantes; as **consequências** são graves, vez que não foram recuperados os bens subtraídos, cuidando-se uma das vítimas de pequeno comercial, gerando enorme prejuízo; as **vítimas** não contribuíram para a prática do delito.*

*Analisando as circunstâncias judiciais estatuídas no art. 59 do Código Penal, havendo **desfavoráveis** ao apenado, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa. (...)."*

Como se vê, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da valoração negativa dos antecedentes, circunstâncias e consequências do delito e, por esta razão fixou a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa.

O apelante possui antecedentes criminais, já que constam nos autos mais de um processo com sentença condenatória com trânsito em julgado (fls. 118 – 143).

A magistrada sentenciante considerou desfavorável, ainda, as circunstâncias do delito.

Sucede, entretanto, que o entendimento predominante é no sentido de que não é possível a utilização de causas de aumento de pena para exasperação da pena na primeira fase da dosimetria penal.

Nesse sentido já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça, nos autos de *Habeas Corpus* n. 213.561 - DF (2011/0165884-9), de relatoria do Ministra Laurita Vaz, cujo trecho do voto faço questão de colacionar, *verbis*:

> *"(...) Contudo, tal entendimento, a meu ver, não se coaduna com a inteligência da Súmula n. 443 deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, na terceira fase da dosimetria da pena, é ilegal.*
>
> *Com efeito, a utilização de uma majorante para exasperar a pena-base, na primeira fase de aplicação da reprimenda, e outra como causa de aumento, na terceira fase, produziria na pena definitiva um acréscimo desproporcional, maior do que aquele causado pela utilização do critério objetivo, com a aplicação das duas majorantes na terceira etapa da dosimetria, prejudicando ainda mais o condenado.*
>
> *(...)*
>
> *Nesse ponto, cumpre esclarecer que as circunstâncias descritas no art. 59 do Código Penal referem-se, como especificado pela doutrina, a elementos acidentais, periféricos que de alguma forma possam influir para agravar ou reduzir a reprimenda. Já as majorantes descritas nos incisos do § 2.º do art. 157 do Código Penal são causas de aumento de pena, e não qualificadoras, que promovem um acréscimo na pena prevista para o tipo básico, estabelecido em valores fixos ou em certos limites quantitativos.*
>
> *Ressalte-se que a presença de causas de aumento no roubo – indevida e comumente chamadas de qualificadoras – não formam delito autônomo. Não existe, na verdade, roubo qualificado, mas sim, roubo circunstanciado. Nele, o aumento decorrente das causas de aumento não interfere na fixação da pena-base, cujos parâmetros mínimo e máximo são os mesmos da modalidade simples, mas incidirá tão-somente na terceira fase da dosimetria da pena, na fração mínima de 1/3 (um terço) à máxima de 1/2 (metade). (...)."*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiterado esse entendimento, *verbis*:

> *"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE E MOTIVOS. ELEMENTARES DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS. UTILIZAÇÃO DE CAUSA DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES. RECONHECIMENTO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PREJUÍZO INEXISTENTE. [...] 2. O agravamento da pena-base do crime de roubo pela utilização de uma causa de aumento como circunstância judicial negativa desrespeita, por via oblíqua, o comando da Súmula 443/STJ, ainda que o acréscimo na reprimenda, na terceira fase da dosimetria, se dê em razão de outra majorante. 3. As circunstâncias inerentes à prática do roubo, previstas no art. 157, § 2º, do Código Penal, constituem causas de aumento de pena, e não qualificadoras. Sendo assim, a majoração da pena pela sua existência deve ocorrer na terceira fase da dosimetria, conforme comando expresso do art. 68 do mesmo Códex. [...] 6. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem parcialmente concedida a fim de reduzir as penas de Anderson César Vinhal de Moraes para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa e de Edivaldo Feitosa Vás para 5 anos e 8 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidos, em relação a ambos, os regimes iniciais de cumprimento e o valor do dia-multa fixados pelas instâncias ordinárias."* (*HC* 132.013/DF, Sexta Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 10/10/2011.)

Inadmissível, portanto, pelos motivos expostos, a majoração da pena-base, em razão do emprego de arma de fogo, já que tal circunstância configura, no caso, causa de aumento de pena.

Por fim, por consequências do crime, entendem-se os efeitos da conduta do agente. Devem ser aferidos o maior ou o menor dano causado pelo modo de agir, seja em relação à coletividade, seja em relação à vítima ou aos seus familiares. Busca-se analisar o alarme social do fato, bem como sua maior ou menor repercussão e efeitos.

Segundo as lições de Ricardo Augusto Schmitt, *"normalmente os tipos penais já possuem uma consequência que se encontra implícita, seja a morte no homicídio, a subtração de coisa alheia móvel no furto, a existência de ferimentos nas lesões corporais. A par disso, na circunstância em tela, devemos sempre buscar algo que não seja inerente ao próprio tipo penal, sob pena de incorrermos em bis in idem"* (*Sentença Penal Condenatória: teoria e prática*. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p. 105).

In casu, as consequências do crime são próprias do tipo, uma vez o prejuízo sofrido pela vítima consiste no resultado previsto à ação, nada tendo a se valorar, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

Assim, tendo em vista a existência de apenas uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Na segunda fase da dosimetria da pena, não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase, há a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal, aplicada no mínimo legal de 1/3 (um terço), resultando, definitivamente, em 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Por fim, vislumbro que o apelante deve iniciar o cumprimento de sua reprimenda no regime fechado.

É que, muito embora a quantidade da pena aplicada autorize o regime semiaberto, *"(...) o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar, além da quantidade da pena aplicada (parágrafo 2.º do art. 33 do CP), as condições pessoais do réu (parágrafo 3.º do artigo 33 c/c 59 do CP) (...)"* (STJ, Resp 467211/AC).

In casu, tratando-se de réu reincidente, a fixação de regime incial fechado é medida que se impõe.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, apenas para afastar das circunstâncias judiciais as circunstâncias e consequências do delito, tornando a pena definitiva em 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida em regime inicial fechado.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Revisora).

Júlio Espíndola Silvestre foi condenado à pena de 07 anos e 04 meses de reclusão, e ao pagamento de 106 dias multa, pelo cometimento do crime de roubo qualificado pelo uso de arma de fogo e concurso de agentes (art 157, §2º, I e II do Código Penal), no regime inicial fechado.

Inconformado, recorreu a este Tribunal pleiteando sua absolvição por falta de provas e, alternativamente, a redução da pena base ao mínimo legal e a fixação do regime inicial aberto.

O ilustre relator mantém a condenação do apelante e dá parcial provimento apenas para retirar da 1ª fase da dosimetria da pena a circunstância do concurso de agentes e as consequências do crime.

Concordo com o ilustre relator para manter a condenação de Júlio, entretanto divirjo no que tange à retirada da consequência do crime e do concurso de agentes do crime.

O magistrado sentenciante às f.146-148, ao condenar o apelante, e dosar-lhe a pena, assim o fez:

> *"(...) Por conseguinte, comprovada a ação típica, em sua materialidade e autoria, bem como improcedente a alegação da defesa, **a condenação resta imperiosa, no que se refere à imputação do crime de roubo majorado pela utilização de arma e pelo concurso de agentes.***
>
> ***D o s i m e t r i a d a P e n a.***
>
> *Passo a dosar a pena a ser aplicada em estrita observância do que dispõe os artigos 59 e 68 do Código Penal.*
>
> *A **culpabilidade,** como grau de censura da ação ou omissão do agente, mostra-se normal à espécie, nada tendo a valorar; os **antecedentes** são péssimos, visto que o apenado possui duas condenações definitivas, (f. 123;132); não há nos autos elementos para aferição da sua **conduta social** e **personalidade**; o **motivo** do crime é comum ao tipo delitivo, qual seja, o lucro fácil em detrimento do patrimônio e integridade física/psíquica das vítimas, não cabendo valoração negativa; as **circunstâncias** em que o crime ocorreu não beneficiam o apenado de qualquer forma, tendo em vista que **foi praticado em concurso de agentes, sendo que realizado por cinco ou seis pessoas, o que demonstra maior reprovabilidade de sua conduta e vulnerabilidade das vítimas,** esclarecendo que **tal circunstância será sopesada nesta fase,** ante o concurso de majorantes; **as consequências são graves, vez que não foram recuperados os bens subtraídos, cuidando-se uma das vítimas de pequeno comercial, gerando enorme prejuízo;** as **vítimas** não contribuíram para a prática do delito.*
>
> *Analisando as circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do Código Penal, havendo **desfavoráveis** ao apenado, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa.*
>
> *Inexistem circunstâncias **atenuantes ou agravantes** a ser consideradas.*
>
> ***Incide a causa de aumento de pena prevista no art. 157 § 2º, inciso II, do Código Penal**, razão pela qual aumento a pena em 1/3, ou seja, em 01 (um) ano, 10 (dez) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa, restando provisória em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 106 (cento e seis) dias-multa.*
>
> *Não há **causas de diminuição** de pena.*
>
> *Considerando a situação econômica do apenado, que não se mostra boa, fixo o valor do dia-multa no mínimo legal.*
>
> *Obedecidos aos parâmetros do artigo 68 do Código Penal no tocante ao cálculo da pena, resta definitiva em **07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 106 (cento e seis) dias-multa**.*
>
> ***D i s p o s i t i v o.***
>
> *Posto isto, **JULGO PROCEDENTE** a pretensão punitiva estatal para condenar **Júlio Espindola Silvestre**, qualificado, à pena **07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 106 (cento e seis) dias-multa**, a razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, corrigido monetariamente, pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal.*

> *Deverá o condenado cumprir a pena corporal inicialmente em regime **fechado**, ante as circunstâncias judiciais desfavoráveis e em especial aos seus maus antecedentes (CP, art. 33, § 3º) (...)".*

Primeiramente saliento que magistrado *a quo* na parte dispositiva da sentença supratranscrita consigna que condenava o apelante pelo crime de roubo qualificado pelo **uso de arma de fogo** (**inciso I** do §2º do art. 157 do Código Penal) e pelo **concurso de agentes** (**inciso II** do §2º do art. 157 do Código Penal).

O Juiz bem esclarece que o **concurso de agentes, (inciso II** do §2º do Art. 157 do Código Penal) seria considerado apenas na 1ª fase da dosimetria, deixando claro que o uso de arma de fogo **(previsto no inciso I** do §2º do art. 157 do Código Penal) seria considerado no momento oportuno, qual seja, a 3ª fase da fixação da pena.

Entretanto, na 3ª fase da dosimetria o magistrado elevou a pena do recorrente consignando que o fazia em razão do **inciso II** do §2º do art. 157 do Código Penal (concurso de agentes), deixando transparecer que pudesse tratar-se de *bis in idem. E*ntretanto, analisando bem, não ocorreu tal *bis in idem.*

É que, embora não tenha havido embargos de declaração visando sanar esse aparente *bis in idem*, é possível concluir-se da simples leitura da sentença, através de sua parte dispositiva e da 1ª fase da pena, que houve mero erro de grafia de menor relevância e passível de ser sanado de ofício. Com efeito, fica claro da redação da sentença que esta considerou serem duas as causas de aumento, e , quando da redação da fundamentação na 3ª fase da dosimetria, ocorreu claro erro material passível de ser sanado de ofício, pois, quando o juiz se referiu ao **inciso II** do §2º do art. 157 do Código Penal, claramente ali pretendia referir-se à citação do **inciso I do mesmo artigo,** e assim deve ser entendida e interpretada a fundamentação e decisão da sentença.

Com efeito, vale citar de novo a fundamentação, para se ver que o juiz pensou em duas causas de aumento, e não apenas em uma delas, como fica claro quando ele relata expressamente que ocorria no caso "concurso de majorantes":

> *"(...) as **circunstâncias** em que o crime ocorreu não beneficiam o apenado de qualquer forma, tendo em vista que **foi praticado em concurso de agentes, sendo que realizado por cinco ou seis pessoas, o que demonstra maior reprovabilidade de sua conduta e vulnerabilidade das vítimas,** esclarecendo que **tal circunstância será sopesada nesta fase,** ante o concurso de majorantes".*

Esclarecida tal situação, passo ao mérito da divergência.

Divirjo do ilustre relator para manter como desfavorável a circunstância do concurso de cinco agentes ponderada na 1ª fase da dosimetria, pois o roubo foi praticado por 05 pessoas, todas empunhando armas, fato que eleva sobremaneira o risco sofrido pelas vítimas.

O fato foi relatado pelo juiz para justificar justamente o agravamento da pena, ficando claro que ele considerou mais grave a conduta não apenas por ocorrer concurso de agentes, mas, além disso, tal concurso ocorrer com cinco pessoas, o que com certeza á muito mais grave, pelo temor incutido às vítimas e intensificação do perigo e risco de danos à vida e à saúde imposta a elas.

Então, a circunstância se revestiu no caso de especial intensidade desfavorável, o que justifica ser considerada nessa etapa, paralelamente ao uso de armas considerado na terceira etapa da dosimetria.

Na verdade seriam duas causas de aumento perfeitamente consideráveis em cumulação, sem ofensa à súmula 443 do STJ. Com efeito, ainda que o concurso de agentes em questão fosse tratado na 3ª fase da

pena, com concomitância com outras causas de aumento, poderia ocorrer consideração de mais de uma causa para agravar além do agravamento mínimo, desde que justificada a especial reprovação e gravidade da ou das causas de aumento.

A Corte Superior já decidiu como possível o aumento de pena pelas causas de aumento em quantidade acima do mínimo, quando se considerar a gravidade resultando do número de agentes em concurso, sem que isso ofenda a referida súmula. Veja-se a decisão no *H.C.* 222.437/SP, da relatoria da Ministra MARILZA MAYNARD QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2013, que se amolda exatamente ao caso presente:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBOS MAJORADOS (DUAS VEZES) EM CONCURSO FORMAL E EXTORSÃO QUALIFICADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS E DISTINTAS. AUMENTO DE 1/4 (UM QUARTO) NA SEGUNDA FASE. PATAMAR DE ACRÉSCIMO JUSTIFICADO. MULTIREINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CONFISSÃO QUALIFICADA QUE AFASTA A APLICAÇÃO ATENUANTE. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. (ERESP N. 961.863/RS).* ***MAJORAÇÃO EM 3/8 (TRÊS OITAVOS) PELA INCIDÊNCIA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. ACRÉSCIMO QUE NÃO DECORREU UNICAMENTE DO NÚMERO DE QUALIFICADORAS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 443/STJ AFASTADA.*** *RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CRIME ÚNICO OU DE CONTINUIDADE DELITIVA. PROVIDÊNCIAS QUE IMPLICAM NO REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *(...)*
>
> *- A incidência da majorante do uso de arma prescinde de apreensão e perícia da arma de fogo, sobretudo, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas. (EREsp n. 961.863/RS) -* ***A exasperação da pena acima do mínimo de 1/3, na terceira fase da dosimetria, não se deu com base unicamente no número de majorantes, tendo o Juiz de primeiro grau destacado a maior intensidade das causas de aumento, com menção do número de agentes e a utilização de arma de fogo, circunstâncias concretas aptas a afastar a aplicação da Súmula n. 443/STJ.***
>
> *(...)."*

No caso presente, o roubo foi cometido com concurso de pessoas e com uso de armas, em situação de gravidade intensa, tal como no acórdão citado, o que justifica considerarem-se sim as duas circunstâncias agravando além do mínimo. No caso presente, o juiz utilizou uma das circunstâncias na primeira etapa e a outra na terceira etapa, o que é possível.

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ROUBO MAJORADO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS SUFICIENTES A ENSEJAR O ÉDITO CONDENATÓRIO – PENA-BASE – ADEQUADA – CAUSAS DE AUMENTO PERTINENTES AO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES – MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *(...) Incabível a redução da pena-base fixada na sentença, quando as circunstâncias judiciais consideradas negativas não apresentam envergadura fora do normal.*

RECURSO MINISTERIAL – CAUSAS DE AUMENTO ATINENTE AO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES – PATAMAR MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

As causas de aumento devem ser aplicadas pelo grau de reprovabilidade, e não pela quantidade.

Reconhecida mais de uma causa de aumento, é perfeitamente cabível aplicar uma delas na primeira fase, nas circunstâncias do crime, e a outra na terceira, a fim de caracterizar a causa de aumento, com a incidência da fração mínima de 1/3 (um terço)*, se as circunstâncias do caso concreto não indicam elementos que ultrapassem o necessário para a sua caracterização."*

(Apelação Criminal - Reclusão - N. 2012.003208-0/0000-00 - Campo Grande, Relator Des. Manoel Mendes Carli, 2ª Câmara Criminal, julgamento em 02/04/2012).

*"PENAL. **ROUBO QUALIFICADO. ARMA DE FOGO**. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. PROVAS CONTUNDENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUALIFICADORA. NÃO APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. PROVAS DO USO DA ARMA NO CRIME. **QUALIFICADORA DO CONCURSO DE AGENTE**. PRESCINDÍVEL A IDENTIFICAÇÃO DO COMPARSA. QUALIFICADORA DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. CARACTERIZADA. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO INCABÍVEL. RECURSO PARCIAMENTE PROVIDO. (...)*

4. Para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal é prescindível a apreensão da arma e a realização de perícia para constatar seu funcionamento, bastando que a efetiva utilização do artefato reste evidenciada por outros elementos de prova. 5. É irrelevante para a configuração da agravante de concurso de pessoas a identificação e/ou captura do comparsa. Precedentes. ***6. Acertada a dosimetria da pena que, presentes três qualificadoras para o crime de roubo, utiliza duas qualificadoras para a análise das circunstâncias judiciais e emprega a terceira para fins de aumento de pena.***

Precedentes deste TJ, do STJ e do STF*(...)." (destaques nossos)*

(TJDF; Rec 2010.07.1.036976-5; Ac. 564.426; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos; DJDFTE 14/02/2012; Pág. 291).

*"PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. (...) . ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO. TENTATIVA. ITER CRIMINIS. REDUÇÃO MÍNIMA DA PENA. **CONCORRÊNCIA DE CAUSAS DE AUMENTO. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO**.*

*(...) **Ante a concorrência de duas causas de aumento, admite-se que uma seja valorada como circunstância judicial para a exasperação da pena-base, devendo a outra ser considerada na terceira fase da dosimetria da pena.** Precedente deste eg. TJDFT. Recurso conhecido e desprovido." (destaques nossos).*

(TJDF; Rec 2009.09.1.022855-8; Ac. 557.934; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. Esdras Neves; DJDFTE 18/01/2012; Pág. 153).

No que tange ao afastamento das consequências do crime, consigno que, apesar do prejuízo sofrido pelas vítimas ser um resultado naturalístico/exauriente dos crimes patrimoniais, é possível que tal dano causado à vítima possa sim agravar a pena, quando for dano relevante, de valor considerável, sob pena de igualar crime de pequeno prejuízo e crimes de considerável prejuízo, o que redunda em incentivar esse tipo de empreitada criminosa praticada.

Sob esse prisma, constato nos autos que o valor subtraído da vítima, um proprietário de uma loja cujo produto é a venda de pastéis e aufere seu lucro centavo a centavo, perfaz o total de R$ 18.700,00 (dezoito mil e setecentos reais), prejuízo que reputo elevado para esse tipo de comércio.

Sobre a possibilidade do prejuízo da vítima ser considerado na 1ª fase da dosimetria, veja-se decisão do STJ no HC 187.011/RJ, da relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, **julgado em 12/03/2013:**

> *"(...) HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO SENTENCIANTE. ALEGADA CONEXÃO COM OUTRO PROCESSO. CRIMES CONSIDERADOS INDEPENDENTES. INVIABILIDADE DE REVERSÃO DA REFERIDA CONCLUSÃO. VIA QUE NÃO AUTORIZA REEXAME DE FATOS E PROVAS. REUNIÃO DE PROCESSOS POR CONEXÃO. FACULDADE DO JUIZ.ART. 80 DO CPP. 3. MAJORAÇÃO PELO USO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO. DESNECESSIDADE. ERESP Nº 961.863/RS. 4. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME CONSIDERADAS NEGATIVAS. INVIABILIDADE. EMPREGO DE ARMA E NÃO RECUPERAÇÃO DE PARTE DA RES. CRIME PATRIMONIAL MAJORADO PELO USO DE ARMA. DADOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. 5. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA. AUMENTO EM 2/5 COM BASE APENAS NO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. VERBETE 443/STJ. 6. REGIME FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ART. 33, § 3º, C/C O ART. 59, AMBOS DO CP. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. OBSERVÂNCIA DO ENUNCIADO 719/STF. 7. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA READEQUAR A PENA.*
>
> *(...)*
>
> ***4. Cuidando-se o roubo de crime patrimonial, a pena não pode ser elevada com base no prejuízo sofrido pela vítima, a não ser que se trate de exacerbada lesão ao patrimônio. Da mesma forma, tendo o emprego de arma sido sopesado na terceira fase da dosimetria, inadequada a elevação da pena-base diante da referida circunstância.***
>
> *(...)".*

Ante o exposto, com o Parecer, divirjo do relator para manter a pena lançada na íntegra.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Vogal).

De acordo com a Revisora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, COM O PARECER, IMPROVERAM O APELO, NOS TERMOS DO VOTO DA REVISORA, VENCIDO O RELATOR.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 1º de julho de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0007908-78.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – RECURSO SENTIDO ESTRITO – DECISÃO QUE DESCLASSIFICA INFRAÇÃO PENAL DE TRÁFICO DE DROGAS PARA A POSSE PARA USO – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À TRAFICÂNCIA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Intocável a decisão que desclassifica a conduta prevista no artigo 33 para o 28 ambos da Lei 11.343/06, posto que as provas coligidas não são capazes de apontar, indene de dúvidas, que a droga apreendida destinava-se a traficância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não prover o recurso.

Campo Grande, 1 de julho de 2013.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

O Ministério Público Estadual interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados que desclassificou a conduta do recorrido Rodrigo Maria Bento do artigo 33 da Lei 11.343/06 para aquela prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06 e determinou a remessa do feito a uma das varas do juizado especial para apreciação e julgamento da causa.

Sustenta, às f. 137-151, que o recorrido deve ser condenado pelo delito previsto nos artigos 33, *caput,* c/c 40, III, ambos da Lei 11.343/06, porquanto restam presentes a materialidade e autoria do delito de tráfico de drogas, consubstanciados nos depoimentos colhidos além de o recorrido ser reincidente específico.

Contrarrazões, às f. 154-158, pelo improvimento do recurso.

Em juízo de retratação, à f. 159, o magistrado da instância singela manteve a decisão pelos seus próprios fundamentos.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 165-169, pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

O recorrido foi denunciado pelo delito previsto nos artigos 33, *caput,* 40, III, ambos da Lei 11.343/06, pois *no dia 18/06/2012, por volta das 08h10min, no interior da cela 46, ala B superior, raio*

3, na Penitenciária Harry Amorim Costa, neste município, o denunciado RODRIGO MARIA BENTO foi surpreendido e preso em flagrante delito praticando o tráfico de drogas. Em suma, o denunciado possuía, visando à venda, 16 (dezesseis) porções da droga haxixe, derivada da maconha, totalizando 2g (dois gramas).

Após a instrução do feito o recorrido teve sua conduta desclassificada para aquela prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06 pelos seguintes fundamentos:

> *"Emerge da vestibular que Rodrigo Maria Bento, no dia 18.06.2012, por volta das 08h10min, no interior da cela 46, ala B, raio III, da penitenciária local, foi flagrado com dezesseis (16) porções de haxixe, supostamente destinadas à traficância.*
>
> *Realizava-se à ocasião inspeção de rotina, oportunidade em que os agentes localizaram, no interior da boca do acusado, a quantidade de entorpecente acima citada.*
>
> *Materialidade consubstanciada no auto de apreensão estampado à f. 18, laudo preliminar à f.22 e definitivo às f.56/60, tornando despiciendas considerações adicionais.*
>
> *De igual sorte, dúvida alguma remanesce quanto à autoria, confessada inclusive em juizo (f. 73/74), o que restou corroborado pelas demais provas coletadas, bastando para tanto observar, além dos relatos colhidos na fase inicial, o que esclareceram em audiência Rangel Schveiger (f. 75/76) e Manoel de Almeida Guimarães (f. 77/78).*
>
> *Argumenta-se que o entorpecente se destinaria ao consumo do próprio acusado, e não à traficância, residindo aí o ponto nodal da quaestio. Questionado, Rodrigo Bento admitiu a propriedade da substância entorpecente, mas afirmou que visava destiná-la exclusivamente ao seu consumo, e não à mercancia. E isso não restou infirmado ao longo da instrução, a despeito da dilação propiciada, pois do caderno processual não despontam provas seguras e consistentes de que tivesse realmente por fito a traficância.*
>
> *Mister se faz salientar que a imputação, como se observa, alicerçou-se no argumento de que os agentes penitenciários afirmaram que aludido réu, no calor dos acontecimentos, teria externado que a droga se destinaria à comercialização no interior da penitenciária.*
>
> *Ocorre, porém, que essa versão não foi confirmada em juízo, sob o crivo do contraditório, consoante desponta dos relatos prestados pelos próprios agentes penitenciários.*
>
> *Com efeito, ouvido em audiência, Manoel de Almeida Guimarães ressaltou não ter ouvido do acusado qualquer informação acerca da destinação que o mesmo pretenderia dar ao entorpecente, deixando claro ter se baseado a respeito em mera suposição, desprovida de algum dado concreto. Frise-se (f. 77/78):*
>
> *DEPOENTE: Foi em uma revista de rotina que a gente estava fazendo na cela, a gente pediu para, que eles iam fazendo revista corporal nos internos e retirando das celas né, depois foi feito toda a revista dentro da cela, na época eu lembro que a gente não, acho que não encontrou nada na cela e na hora que estava retornando os internos para dentro da cela, a gente pedia para eles abrirem a boca né, e no caso dele foi encontrado na boca essas porções embaladas.*
>
> *JUIZ: Foi apurado ou foi dito qual a destinação que se pretendia dar esse entorpecente?*

DEPOENTE: Olha, a princípio ele disse que era dele, mas eu não, no momento não fui eu que inquiri ele, mas acredito que era para comercialização.

JUIZ: Por que o senhor chega a essa conclusão?

DEPOENTE: Porque no caso, porque se fosse para consumo próprio ele não haveria necessidade dele ter a preocupação de guardar aquela quantidade na boca né, ele teria consumido se fosse, sei lá, o que normalmente ocorre é que o (...)

JUIZ: Isso é uma conclusão do senhor?

DEPOENTE: Isso, (ininteligível).

JUIZ: Mas ele chegou a dizer alguma coisa sobre a destinação?

DEPOENTE: Pessoalmente, para mim, não.

JUIZ: O senhor sabe se chegou a dizer a outro agente?

DEPOENTE: Sim. No caso, depois ele foi inquirido pelo, se não me engano, a gente estava em mais agentes no caso e ele foi inquirido e disse que era para comercialização.

JUIZ: Ministério Público.

MP: Sem perguntas.

JUIZ: Defesa.

DEFESA: Senhor, costume, se diz lá que a droga chega empre

no final de semana. O senhor confirma isso?

DEPOENTE: Sim.

DEFESA: Porque o réu alega que tinha acabado de adquirir aquela droga na visita no domingo e teria adquirido para a semana inteira já que é só nesse dia que chega a droga. Isso seria plausível a versão dele?

DEPOENTE: Olha, eu acredito que não.

DEFESA: Por qual razão, chega droga fora do final de semana?

DEPOENTE: Não, porque normalmente a droga normalmente ela chega no final de semana, mas o que a gente tem observado é que existe os pontos de comercialização dentro da unidade né.

DEFESA: Então, mas então não é comum então o usuário adquirir todo esse percentual para passar a semana?

DEPOENTE: Não.

DEFESA: Mesmo 16 pedrinhas?

DEPOENTE: Mesmo 16 pedrinhas.

DEFESA: Qual que é o volume dessas dezesseis pedrinhas, cada uma, cada pedrinha, o senhor podia falar mais ou menos?

JUIZ: Dimensão?

DEFESA: É. Dimensão dela.

DEPOENTE: Olha (...)

DEFESA: Maior que um arroz, um feijão?

DEPOENTE: Não, maior que um arroz. Pelo (...) Essa precisamente, se eu não me engano, ela era, parecia tipo uma cápsula de um comprimido assim.

DEFESA: Muito pequeno?

DEPOENTE: Muito pequena.

De igual sorte o depoimento de Rangel Schveiger em juízo. Conquanto mencione ter ouvido o réu dizer que a droga se destinaria à mercancia, não descartou a possibilidade de finalidade diversa, o próprio consumo, assim como a possibilidade de o mesmo ter sido induzido a encobrir alguém, revestindo de dúvida asituação em tela. Acrescentou que até então sequer havia notícia ou informação de que mencionado acusado pudesse estar dedicando-se ao tráfico no interior da penitenicária, sendo que com ele não foi encontrada importância alguma em dinheiro. Destaque-se (f. 75/76):

DEPOENTE: Ocorreu, na segunda-feira a gente teve uma denúncia que no domingo, na visita, tinha entrado drogas especificamente naquela cela, não sabia quem era. Aí no início do plantão, quase beirando as 07:00, sete e meia, a gente se organizou para quando abrisse o pavilhão a gente entrasse, desse uma geral naquela cela específica. A gente revistou a cela, não encontramos nada na cela. Aí na volta, grupos de agentes, cada um revistava, que a cela é uma cela grande, cada um revistou um, 01, 02, e eu fui revistar o Rodrigo Maria Bento. De praxe, tira a roupa, abre a boca e não conseguia abrir a boca. No que eu falei: Pode abrir a boca. , abriu a boca e tinha umas balinhas na boca.

JUIZ: E o que foi apurado, ou ele disse, ou pelo que o senhor ficou sabendo, que destinação seria dada a esse entorpecente?

DEPOENTE: A gente não sabia que era ele em específico, mas perguntado a ele, ele falou que ele tinha para vender, ele estava para vender aqueles, aquelas (...)

JUIZ: Ele foi questionado hoje aqui sobre isso e ele negou que tivesse dito isso aos senhores. Ele falou que em momento algum disse que pretendia revender e negou que tivesse dito que revenderia. Ele argumentou que desde o início estaria dizendo que era para consumo dele mesmo. O quê que o senhor tem a dizer sobre isso?

DEPOENTE: Ele, no momento daquele, do impasse de tirando, a gente foi perguntar por que, que ele fazia aquilo, que recém tinha voltado para a penitenciária. Não tinha razão daquilo. E ele falou que era para vender. Agora, se é o medo dele, se não era dele. Momento, foi que ele disse que era dele.

JUIZ: Ministério Público.

MP: Sem perguntas.

JUIZ: A Defesa?

DEFESA: Normalmente, qual o tamanho de uma porção de droga que foi apreendida com ele (...)

DEPOENTE: A balinha?

DEFESA: (...) A espessura, a balinha.

DEPOENTE: Do tamanho de um grão de arroz cru, mais ou menos.

DEFESA: E quanto, sabe o valor que gira isso lá?

DEPOENTE: R$ 5,00 a R$ 10,00.

DEFESA: Cada balinha?

DEPOENTE: Cada balinha.

DEFESA: Segundo a alegação dele, as drogas tem costume de

chegar sempre no final de semana.

DEPOENTE: É verdade.

DEFESA: Normalmente as notícias são de que essas drogas chegam pela visita, é isso?

DEPOENTE: Sim.

DEFESA: E era ele que teria adquirido aquela porção naquele dia porque era para uso. É provável que possa ter ocorrido isso?

DEPOENTE: Eu acredito que é provável sim, que seja para uso. Mas que o momento a gente não encontrou dinheiros né, a gente não, ele recém chegou da unidade, a gente conhecia ele da unidade, de ser já reincidente, mas não tinha ainda um histórico dele ali como revendedor, porque alguns internos que sim, a gente tem uma noção, uma pequena noção que vende, que se torna conhecido. Mas naquele momento a gente não sabia que ele estava vendendo.

DEFESA: E que raio que ele está?

DEPOENTE: Raio 03, cela 46.

DEFESA: Ala?

DEPOENTE: Ala B.

DEFESA: Lembra, 46 é celão, né?

DEPOENTE: Celão.

DEFESA: Quantos internos tinham mais ou menos lá?

DEPOENTE: Tinha mais de 15. 20 talvez.

DEFESA: Normalmente, quem está no celão, diz algumas histórias lá que tem que segurar algumas coisas do raio inteiro, isso é verdade?

DEPOENTE: Sim. São os internos de triagem né, no (ininteligível) de presos são os que tem que abraçar a bronca, né? Isso ocorre.

DEFESA: Normalmente, o que é encontrado, celular, droga, mais provavelmente é no celão ou?

DEPOENTE: Não.

DEFESA: Não?

DEPOENTE: Não.

DEFESA: Nem sempre?

DEPOENTE: Nem sempre.

Percebe-se que contra o acusado pesa apenas o fato de ter sido flagrado com dezesseis porções de haxixe escondidas em sua boca, mas essa circunstância, por si só, não autoriza a prolação de decreto condenatório na forma propugnada pelo Ministério Público, porquanto consubstanciada em mera conjectura, ilação, não respaldada pelos demais elementos de convicção reunidos, máxime considerando que os agentes penitenciários ouvidos em juízo, durante o contraditório, conforme enfatizado alhures, não propiciaram confirmação segura alusiva à mercancia eventualmente almejada pelo referido interno.

Poder-se-ia argumentar que a quantidade de porções apreendidas poderia induzir à conclusão diversa, atinente à traficância, mormente em se tratando de penitenicária de segurança máxima, dentro da qual dificilmente se vislumbraria, individualmente, circulação e comercialização de quantidades mais elevadas.

Acontece, entretanto, que os próprios agentes inquiridos em juízo esclareceram tratar-se, in casu, de balinhas de dimensões reduzidas, muito pequenas, correspondentes ao tamanho de um grão de arroz (f. 75, 78).

A reforçar ainda mais o entendimento aqui esposado, se apresenta o laudo pericial carreado, dando conta de que o caso versa até mesmo sobre semi-imputável (f. 113/115), compatível, pois, com a necessidade e o consumo alegados.

É certo que a simples alegação de vício não conduz necessariamente à desclassificação, porquanto perfeitamente conhecida a figura do viciado-traficante, contudo, da prova reunida nestes autos, após regular instrução, não desponta a segurança de que o acusado tivesse em mente dar às drogas destinação diversa da alegada. E, como cediço, uma condenação não pode estar alicerçada no solo movediço do possível ou do provável, mas apenas no terreno firme da certeza (RT 529/367).

O cenário vislumbrado levaria, quando muito, a conflito entre as provas colhidas, mostrando-se temerário, em tal contexto, decreto condenatório, notadamente diante da ausência de confirmação segura acerca da mercancia. Inevitável, destarte, a incidência do in dúbio pro reo , mesmo porque sendo conflitante a prova e não se podendo dar prevalência a esta ou àquela versão, é prudente a decisão que absolve o réu (Adalberto José Q.T. De Camargo Aranha. Da Prova no Processo Penal, Ed. Saraiva. 1983, p.49. Cit. RT 733/595).

No mesmo diapasão:

(...)

Não é, porém, caso de absolvição, haja vista a efetiva prática de um ilícito penal, mas de desclassificação, na forma já enfocada no transcorrer desta.

(...)

À vista do exposto e mais que consta desta ação penal, movida pelo Ministério Público contra Rodrigo Maria Bento, devidamente identificado, opero a desclassificação do delito especificado na vestibular acusatória para aquele previsto no art. 28 da Lei 11.343/06. Por conseguinte, tratando-se de infração de menor potencial ofensivo, determino a remessa deste feito a uma das varas do juizado especial desta comarca, competente para apreciação e julgamento da causa."

Contra essa decisão insurge-se o *parquet* pugnando pela condenação do recorrido nos termos da peça exordial, contudo, em que pesem os respeitáveis argumentos lançados, tenho que o pleito deve ser improvido.

Isso porque resta intocável a decisão do juiz da instância singela que desclassificou a conduta para o artigo 28 da Lei 11.343/06, dando-se, assim, por incompetente para atuar no feito e encaminhando os autos, por conseguinte, ao Juizado Especial Criminal.

Aliás, as provas coligidas aos autos são incapazes de apontar, com a segurança necessária, que o recorrido Rodrigo portasse os 2 gramas de haxixe para fins de traficância.

Registre-se que não se questiona a propriedade da droga e a materialidade do crime, porém o cerne da questão é a destinação que era imputada a droga apreendida, sendo que nesses termos não há provas suficientes de que esta seria destinada a traficância.

Frise-se, que os agentes penitenciários que realizaram a apreensão narraram que encontraram a droga na posse do recorrido, contudo, não manifestaram a certeza necessária para a condenação de que a droga era destinada a mercancia no interior do presídio, inclusive consignando que não excluíam a possibilidade de o recorrido ser mero usuário de drogas.

Registre-se que não se desconhece que o recorrido já foi condenado pelo delito de tráfico de drogas, porém tal fato se torna um indício de que tenha permanecido na mercancia, contudo, não é prova suficiente para a prolação de um decreto condenatório, principalmente, pelo fato de não ter outros elementos probatórios a indicar que estava traficando.

Acresça-se a isso que a quantidade de droga apreendida é de pequena monta, sendo compatível com a condição de usuário de drogas, além de que o exame clínico juntado às f. 100-116 conclui que o recorrido é dependente químico, fatos que conjugados com a ausência de provas da traficância impedem a conclusão segura de que a droga apreendida era destinada à venda.

Portanto, "*certa a materialidade, mas incerta a finalidade, impõe-se desclassificar o fato de tráfico para uso de entorpecentes" (in RT 611/399).*

Assim, deve ser mantida a decisão que desclassificou a conduta do recorrido para aquela descrita no artigo 28 da Lei de Drogas, posto que as provas coligidas ao feito não são capazes de atribuir-lhe o delito de tráfico de drogas.

Ante o exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO PROVERAM O RECURSO.

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. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 01 de julho de 2013.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0047248-66.2011.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – CORRUPÇÃO DE MENORES – CRIME FORMAL – IDONEIDADE MORAL ANTERIOR DO MENOR – DESNECESSIDADE – PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE DEVIDAMENTE COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – EXASPERAÇÃO EM DECORRÊNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – *QUANTUM* PROPORCIONAL – EMBARGOS REJEITADOS.

Para a configuração do crime de corrupção de menores, tipificado no art. 1º, da Lei n. 2.252/54 - atual artigo 244-B, da Lei n. 8.069/90, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, é desnecessária a prova da chamada "idoneidade moral anterior da vítima menor", porquanto se trata de crime formal, caracterizando-se independentemente de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. Precedentes dessa Corte.

O magistrado tem discricionariedade na fixação da pena, sendo que embora a lei não disponha de percentuais mínimo e máximo indicativos da majoração da pena pela incidência da agravante da reincidência, a aplicação de uma fração em *quantum* superior a 1/6 com fundamentação concreta, prestigia os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da reprimenda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e com o parecer, rejeitar os embargos, nos termos do voto do Relator, vencido o 3º Vogal. Ausentes, por férias, a Desª Maria Isabel de Matos Rocha, e justificadamente, o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 28 de maio de 2013.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Geraldino dos Santos interpôs embargos infringentes em face do acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal que, por maioria, proveu em parte o recurso, nos termos do voto do relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar, vencido o vogal, Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, que deu parcial provimento em maior extensão, absolvendo o ora embargante da prática do crime de corrupção de menores e reduzindo o *quantum* da exasperação pela agravante da reincidência.

Em suas razões, às f. 280-288, o embargante busca a prevalência do voto minoritário, sob o argumento de que não há provas quanto a ter corrompido o adolescente envolvido.

Aduz, ainda, que deve ser reduzida a majoração da pena-base em decorrência da agravante da reincidência, porquanto desproporcional a elevação em 1 ano e 4 meses, devendo, assim, prevalecer o voto minoritário que a exasperou em 1/6.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 292-295, pela rejeição dos embargos infringentes.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

Geraldino dos Santos interpôs embargos infringentes em face do acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal que, por maioria, proveu em parte o recurso, nos termos do voto do relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar, vencido o vogal, Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, que deu parcial provimento em maior extensão, absolvendo o ora embargante da prática do crime de corrupção de menores e reduzindo o *quantum* da exasperação pela agravante da reincidência.

Primeiramente, busca o embargante a prevalência do voto minoritário, que o absolveu do delito previsto no artigo 244-B, do ECA sob o argumento de que não há provas quanto a ter corrompido o adolescente envolvido.

Assim, o cerne da questão está em saber se efetivamente há necessidade de comprovação da idoneidade moral anterior da vítima menor, mormente por existir na jurisprudência entendimento de que não há falar em crime de corrupção de menores quando houver provas de que estes já eram corrompidos à época dos fatos.

Conforme firme orientação do Superior Tribunal de Justiça, trata-se de crime formal, sendo desnecessária a comprovação da idoneidade moral anterior da vítima menor, caracterizando-se independentemente de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

Nesse sentido:

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. EFETIVA CORRUPÇÃO DA VÍTIMA. PROVA. PRESCINDIBILIDADE. TENTATIVA DE ROUBO. REDUÇÃO. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. REGIME ABERTO. PRETENSÃO. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que o crime de corrupção de menores é de natureza formal, bastando a participação do menor de 18 (dezoito) anos para que se verifique a subsunção da conduta do réu imputável ao tipo descrito no art. 244-B do ECA.*
>
> *2. Não é possível a modificação do acórdão que entendeu que o agente percorrera quase todo o iter criminis, em razão da incidência da Súmula nº 7 desta Casa.*
>
> *3. O regime aberto pode ser concedido aos condenados à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o que não é o caso dos autos.*
>
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ. AgRg no REsp. 1357397 /DF AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0260675-6 Relator Ministro O.G. FERNANDES. 6ª Turma. Julgado em 19.3.13) grifo nosso.

> *"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES (ARTS. 155, § 4º., I E IV DO CPB E ART. 1º. DA LEI 2.252/54). CRIME FORMAL. INDIFERENÇA DO COMETIMENTO ANTERIOR DE ATO INFRACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DA ABSOLVIÇÃO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. O crime tipificado no art. 1º. da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. 2. Caracterizado está o crime de corrupção de menores, ainda que o menor possua antecedentes infracionais, tendo em vista que a norma do art. 1º. da Lei 2.252/54 visa também impedir a permanência do menor no mundo do crime. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada."* (STJ - HC 137397/ DF; Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; Órgão Julgador - QUINTA TURMA; Data do Julgamento 03/11/2009; Data da Publicação/Fonte DJe 15/12/2009).

> *"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES (ARTS. 157, § 2º., I E II DO CPB E ART. 1o. DA LEI 2.252/54). CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. INDIFERENÇA DO COMETIMENTO ANTERIOR DE ATO INFRACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DA ABSOLVIÇÃO. RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL ENTRE O ROUBO E A CORRUPÇÃO DE MENORES. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM, PORÉM, PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA RECONHECER A EXISTÊNCIA DE CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES DE ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. 1. O crime tipificado no art. 1o. da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. 2. Caracterizado está o crime de corrupção de menores, ainda que o menor possua antecedentes infracionais, tendo em vista que a norma do art. 1o. da Lei 2.252/54 visa também impedir a permanência do menor no mundo do crime. 3. Constatando-se uma só ação para a prática de dois crimes, é de se reconhecer o concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menores. Precedentes. 4. Parecer ministerial pela denegação da ordem. 5. Ordem parcialmente concedida, apenas para reconhecer a existência de concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menores."* (STJ - *H.C.* 144181/ DF; Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; Órgão Julgador - QUINTA TURMA; Data do Julgamento 29/10/2009; Data da Publicação/Fonte DJe 30/11/2009).

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVA DA CHAMADA IDONEIDADE MORAL ANTERIOR DA VÍTIMA MENOR. DESNECESSIDADE. ORDEM DENEGADA. Para a configuração do crime de corrupção de menores (art. 1º da Lei 2.252/1954), é desnecessária a prova da chamada "idoneidade moral anterior da vítima menor", exigida pela impetrante. Ordem denegada".* (STF - H.C. 97197, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT.VOL.-02385-04 PP-00711).

Ad argumentandum tantum, o elemento subjetivo do tipo penal do delito de corrupção de menores exaure-se no dolo genérico, não se exigindo, portanto, a demonstração da vontade e consciência de corromper ou facilitar a corrupção do menor. É dizer, o tipo incriminador propõe-se à proteção da inocência do menor, impondo-se, para tanto, a demonstração de que o agente efetivamente tenha sido o responsável por ter o menor tomado o caminho do crime ou permanecido nele.

E no caso vertente, a participação do adolescente no roubo é inconteste.

Destarte, comprovada a participação do adolescente na prática da infração penal, não há falar em absolvição do crime de corrupção de menores, devendo ser mantido o voto majoritário.

Nesse mesmo sentido:

> *"EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE - CORRUPÇÃO DE MENORES - CRIME FORMAL - MENOR ANTERIORMENTE CORROMPIDO - IRRELEVÂNCIA - PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE COMPROVADA - DELITO CONSUMADO - RECURSO NÃO PROVIDO. O crime tipificado no artigo 244-B do ECA é de natureza formal, logo, para a sua consumação, basta a prática do crime juntamente com um menor, sendo irrelevante a existência de provas de que o menor envolvido já era corrompido à época dos fatos*." (TJMS. Embargos infringentes 0002130-72.2010.8.12.0043. Relator Des. Francisco Gerardo de Souza. Seção Criminal. **Data do julgamento:** 11/09/2012).

Ainda, pugna pela prevalência do voto minoritário que reduziu a majoração da pena-base em decorrência da agravante da reincidência para 1/6, alegando que a elevação em 1 ano e 4 meses é desproporcional.

Mais uma vez não assiste razão à defesa.

Isso porque o magistrado tem discricionariedade na fixação da pena, sendo que embora a lei não disponha de percentuais mínimo e máximo indicativos da majoração da pena pela incidência da agravante da reincidência, a aplicação de uma fração em *quantum* superior a 1/6 exige fundamentação concreta, a fim de prestigiar aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da reprimenda.

Conforme ensina Bitencourt[1]:

> *"O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à discricionariedade do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equipariariam àquelas causas modificadoras da pena, que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes).*
>
> *Nesse mesmo sentido o informativo 550 do STJ:*
>
> ***O aumento da pena pela reincidência em fração superior a 1/6 exige motivação idônea**. Embora a lei não preveja percentuais mínimos e máximos de majoração da pena pela reincidência, deve-se atentar aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e à prevenção do crime. Precedentes citados: HC 126.126-SP, DJe 7/6/2011, e HC 158.848-DF, DJe 10/5/2010. **HC 200.900-RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 27/9/2012."***

Nesse diapasão, tenho que a exasperação em decorrência da agravante da reincidência restou adequadamente fundamentada, correspondendo à elevação de 1/3 da pena-base.

Aliás, o *quantum* eleito para elevação em decorrência da agravante da reincidência restou fundamentado no fato de o embargante possuir "*cinco condenações anteriores com trânsito em julgado, sendo uma por falsa identidade, outra por posse de droga para consumo pessoal, duas por tráfico de drogas e inclusive uma pela prática do crime de roubo, sendo, pois reincidente específico (fls. 49/51, 60/62 e 162/173)".*

Assim, pela quantidade de incidências criminais com trânsito em julgado e pela reincidência específica, entendo que a exasperação realizada na sentença e mantida no voto condutor resta fundamentada e prestigiando os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, prevenção e punição do delito.

1 *in* Código Penal Comentado. 5º edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.185-186.

Por tais considerações, com o parecer, rejeito os embargos infringentes.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Revisor).

De acordo com o relator.

Nego provimento aos embargos.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (1º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (3º Vogal).

Geraldino dos Santos opôs embargos infringentes ao acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal, nos autos da Apelação Criminal n. 0047248-66.2011.8.12.0001, postulando a prevalência do voto por mim exarado, que, dissentindo da maioria, dava parcial provimento ao apelo, para o fim de absolvê-lo do crime de corrupção de menores e para reduzir o acréscimo relacionado agravante da reincidência, aplicada ao crime de roubo circunstanciado pelo qual foi condenado.

Em seu voto, o e. Relator, Des. Romero Osme Dias Lopes, negou provimento ao recurso.

Vou divergir para fazer prevalecer o voto vencido.

Respeitadas opiniões em contrário, entendo que, para a caracterização do referido delito, é imprescindível a prova de que o menor foi efetivamente corrompido em razão da atuação do agente maior.

No caso, não há comprovação de que os adolescentes inocentemente foram levadas à vida delitiva pelo denunciado, hipótese que, na realidade, é infirmada pelo depoimento de J. C. V., acostado à f. 135, o qual denota que aparentemente se tratavam de pessoas corrompidas no momento do ilícito. Prevalece, no caso, o princípio *in dubio pro reo*.

O fato de um menor inimputável ter participado do crime por si só não autoriza presumir que o réu o corrompeu. As provas produzidas não apontam neste sentido com objetividade.

Assim, ausente a demonstração da corrupção de menores para a prática do delito em questão, de rigor a absolvição do apelante, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido menciono o seguinte precedente oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja relatoria coube e. Desembargador Guilherme de Souza Nucci:

> *"Apelação. Roubo majorado pelo concurso de agentes e arma de fogo. Pedido absolutório fundado na alegação de insuficiência probatória. Impossibilidade. Provas robustas consubstanciadas no reconhecimento pela vítima e prisão dos réus em poder da res furtiva. Crime de corrupção de menores. Delito material. Ausência de provas de ter sido o menor corrompido. Corrupção ativa. Ausência de provas quanto ao oferecimento de dinheiro aos policias militares. Absolvição. Reparos quanto às penas. Parcial provimento."* (TJSP – Recurso n. 9104107-30.2009.8.26.0000 - Relator: Souza Nucci - j. 27/11/2012).

A despeito da atual orientação jurisprudencial advinda do Superior Tribunal de Justiça, há recentes julgados das Cortes Estaduais corroborando a cognição acima externada, podendo-se mencionar, dentre inúmeros outros, os seguintes:

> *"Roubo majorado Réu preso em flagrante em poder do veículo roubado Depoimentos policiais coesos, seguros e insuspeitos, que corroboraram a confissão extrajudicial do acusado Corrupção de menor Não comprovação de que os adolescentes foram efetivamente corrompidos em razão da atuação do agente maior - Crime material – Recurso parcialmente provido para absolver o réu desse outro delito, mantendo-se, no mais, a r. sentença."* (TJSP – Recurso n. 0065278-12.2011.8.26.0050 - Relator: Nélson Fonseca Junior – j. 21/02/2013).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. Roubo e resistência. Sentença condenatória. Defesa pede a absolvição; abrandamento da pena e do regime prisional. - Incabível a absolvição do roubo. Prisão em flagrante na posse da "res furtiva". Negativas de autoria isoladas e infirmadas pelas provas oral e material. Vítimas reconheceram os desafetos nas fases extrajudicial e judicial. Afastamento da causa majorante de emprego de arma com a consequente absolvição do crime de resistência. Apreendida apenas simulacro de arma de fogo, não apta a realização de disparos e ou ofensividade lesiva. Dúvidas quanto a prática de resistência com disparos de arma de fogo. Exames residuográficos resultaram negativos. Guardas civis disseram que foram apreendidas armas verdadeiras, mas dos autos nada consta. "In dubio pro reo". Redução da pena. Penas-base devem ser fixadas no mínimo legal. Exasperação infundada. Dolo comum para o tipo penal. Participação de menor inimputável não faz presumir por si só a nociva corrupção. E a pluralidade de vítimas serve para reconhecimento de concurso de crimes. Reinante uma causa majorante, concurso de agentes, o acréscimo deve ser mínimo (1/3). Regime fechado compatível. - Recursos providos, em parte, para absolver do crime de resistência, e quanto ao roubo para afastar a causa majorante do inciso I e para reduzir as penas."* (TJSP – Recurso n. 0034453-31.2011.8.26.0068 - Relator: Péricles Piza, j. 15/04/2013).

> *"Roubo qualificado pelo concurso de agentes Direito de recorrer em liberdade Impossibilidade Pedido prejudicado. Roubo qualificado - Conjunto probatório que comprova autoria e material - Absolvição Não cabimento. Penas-base fixada acima do mínimo legal, em razão das conseqüências do crime para a vítima e de tentar imputar a prática delitiva a um inocente - Redução ao mínimo legal Possibilidade. Regime inicial fechado alteração para semiaberto - Admissibilidade. Corrupção de menores Ausência de prova que a apelante corrompeu ou facilitou a corrupção do menor Absolvição de rigor Apelação da ré provida parcialmente."* (TJSP – Recurso n. 0006370-31.2011.8.26.0609 – Relator: Pedro Menin – j. 28.08.2012).

> *"Apelação Criminal – ROUBO EM CONCURSO DE AGENTES E CORRUPÇÃO DE MENORES EM CONCURSO MATERIAL – Conjunto probatório suficiente para a condenação do roubo – Reconhecimento pessoal efetuado pela vítima e depoimentos robustos das testemunhas – Não havendo motivo concreto para infirmar tal prova, de rigor a manutenção da condenação – Tentativa – vítima que observou toda a ação perpetuada pelo apelante e seu comparsa, perseguindo-o e sem em nenhum momento lhe perder de vista – Reconhecimento – Corrupção de menor – Absolvição – mera associação com criança na prática criminosa que não tem o condão de responsabilizar o maior imputável por ter corrompido o menor, inserindo-o na criminalidade ou contribuindo à sua degradação – Necessidade de se provar o efetivo prejuízo, extrapolando a esfera da presunção ante a associação delitiva – Apelo parcialmente provido."* (TJSP – Recurso n. 0037308-42.2008.8.26.0050 – Relator: Rachid Vaz de Almeida – j. 24/05/2012).

> *"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO - ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - CONFISSÃO PARCIAL - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO - CORRUPÇÃO DE MENORES -*

DELITO NÃO CONFIGURADO - AUSÊNCIA DE PROVAS DA EFETIVA CORRUPÇÃO - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Não faz jus à atenuante do art. 65, III, "d", CP, o agente que desvirtua a verdade dos fatos, confessando apenas parcialmente a imputação. - O delito de corrupção de menores, em qualquer de suas formas de conduta, possui natureza de crime material, que se configura em razão do resultado, sendo necessário, portanto, que se encontre demonstrada a efetiva corrupção do adolescente, com comprometimento ético e moral." (TJMG - Apelação Criminal 1.0216.12.001152-5/001, Relator: Des. Alberto Deodato Neto, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 04/06/2013, publicação da súmula em 14/06/2013).

"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CORRUPÇÃO DE MENORES - ART.244-B DA LEI 8.069/90 - PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE - IMPRESCINDIBILIDADE - ABSOLVIÇÃO - ROUBO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS - REDUÇÃO DAS PENAS - REDUÇÃO PELO QUANTUM MÉDIO DA TENTATIVA - POSSIBILIDADE - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I - Para a configuração do delito de corrupção de menores é imprescindível a comprovação de que o menor foi efetivamente corrompido, não bastando o fato de o agente ter praticado a ação delituosa em sua companhia. II - Se as circunstâncias judiciais são, em sua maioria, favoráveis ao apelante, merecem ser reduzidas as penas aplicadas. III - No crime tentado, a causa de diminuição do art. 14, parágrafo único, do CP, deverá ser fixada no limite mediano quando o iter criminis não estancar-se distante da sua finalização. IV - O réu que litiga sob assistência judiciária é isento do pagamento das custas processuais (art. 10, II, da Lei Estadual 14.939/03)." (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.12.179730-2/001, Relator: Des. Adilson Lamounier , 5ª Câmara Criminal, julgamento em 04/06/2013, publicação da súmula em 10/06/2013).

"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CORRUPÇÃO DE MENORES - JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - JULGAMENTO DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA REPETITIVA - REEXAME AUTORIZADO PELO ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC - DEGENERAÇÃO DA ÍNDOLE DO ADOLESCENTE - CONDUTA IMPUTADA AOS RÉUS - AUSÊNCIA DE PROVAS - CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO ABSOLUTÓRIA - MEDIDA QUE SE IMPÕE. Conquanto tenha o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento de um Recurso Especial pela sistemática consagrada no art. 543-C do CPC, decidido ser formal o crime tipificado no art. 1º da Lei n. 2.252/54 [ou no art. 244-B do ECA], é de ser mantido o acórdão que absolveu alguns dos réus dessa imputação, já que, segundo o livre entendimento já estabelecido neste órgão julgador, não restou comprovada a prévia e efetiva corrupção dos comparsas menores." (TJMG - Apelação Criminal 1.0236.09.017445-9/001, Relator: Des. Fortuna Grion , 3ª Câmara Criminal, julgamento em 21/05/2013, publicação da súmula em 03/06/2013).

"Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE PESSOAS E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO. 1. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. FURTO QUALIFICADO. As provas existentes no caderno processual são suficientes para comprovação da materialidade do delito e sua autoria pelo réu e pelos demais agentes. Confissão judicial confortada pela prova testemunhal. Rompimento de obstáculo (quebra da vitrine da loja) e concurso de agentes igualmente demonstradas. Ausência de insurgência recursal. 2. DECRETO ABSOLUTÓRIO. CORRUPÇÃO DE MENORES. - ARTIGO 244-B, do ECA. Para a demonstração da prática do crime descrito no artigo 244-B do ECA não basta a simples constatação de participação do menor na empreitada criminosa, sendo necessária a prova de sua efetiva corrupção. Ausência de suficiente prova acerca da efetiva corrupção dos adolescentes. Absolvição com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. 3. DOSIMETRIA DA PENA. Pena-base redimensionada para 02 (dois) anos e 08 (oito). Afastada a nota negativa do vetor

culpabilidade, desfavorecendo o réu os vetores circunstâncias e conseqüências do crime. Na segunda fase, mantida a pena provisória de 02 (dois) anos de reclusão, não obstante a redução da basilar, tendo em vista a impossibilidade de redução aquém do mínimo pela aplicação de atenuantes legais. Pena definitiva mantida em 02 (dois) anos de reclusão, diante da ausência de outras causas de modificação da pena. Mantido o regime inicial aberto. Presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, irretocável a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Pena de multa reduzida para 15 (quinze) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. 4. CUSTAS PROCESSUAIS. Imperiosa a suspensão da exigibilidade das custas processuais, considerando que o acusado foi patrocinado ao longo do feito pela Defensoria Pública. APELO PARCIALMENTE PROVIDO." (Apelação Crime N. 70045339595, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 28/05/2013).

De outro lado, relativamente ao acréscimo decorrente da circunstância agravante da reincidência, considero irrazoável elevar a reprimenda no patamar de 1/3, malgrado a efetiva existência de mais de uma condenação definitiva pesando contra o réu.

De fato, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do magistrado fixar o patamar necessário, com a devida fundamentação. No caso, entretanto, o acréscimo da pena em 1/3 em razão da reincidência se revela desproporcional, sobretudo se considerada a fixação da pena-base no mínimo legalmente previsto e a constatação que tal incremento acabou por atingir o percentual mínimo previsto no Código Penal para hipótese de roubo circunstanciado (CP, artigo 157, § 2º).

Ante o exposto, contra o parecer, divirjo do e. Relator para dar provimento aos embargos infringentes, a fim de fazer prevalecer o voto vencido no apelo subjacente, que absolvia **Geraldino dos Santos** do crime de corrupção de menores e reduzia a 1/6 o acréscimo relacionado à reincidência pelo crime de roubo circunstanciado pelo qual foi condenado.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (4º Vogal).

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, REJEITARAM OS EMBARGOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 3º VOGAL. AUSENTES, POR FÉRIAS, A DESª MARIA ISABEL DE MATOS ROCHA, E JUSTIFICADAMENTE, O DES. LUIZ GONZAGA MENDES MARQUES.

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. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 28 de maio de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0060049-82.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ARTIGO 15 DA LEI 10.826/03 – RECURSO DA DEFESA – PRELIMINAR DE ABOLITIO CRIMINIS – REJEITADA – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO – DELITO NÃO TRANSEUNTE – DISPAROS REALIZADOS DENTRO DE UMA RESIDÊNCIA – AUSÊNCIA DE PERÍCIA – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 158 DO CPP – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

O *abolitio criminis* temporário criada pela Lei n. 10.826/03, somente abrange a posse de arma de fogo, sendo incabível a aplicação quanto o crime de disparo de arma de fogo.

Sendo o crime de disparo de arma de fogo um delito que deixa vestígios, a realização de exame de corpo de delito é indispensável para a comprovação da materialidade, sendo que ausente este, impositiva a absolvição do agente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de junho de 2013.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

N. J. de S. interpõe apelação criminal contra a sentença proferida pelo Juiz da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, às f. 87-90, que julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou o ora apelante pelo delito previsto no artigo 15 da Lei 10.826/03, à pena de 2 anos de reclusão, no regime aberto, e 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, sendo a pena corporal substituída por duas restritivas de direitos.

Pugna, às f. 108-136, preliminarmente, pela rejeição da denúncia ante a atipicidade do delito de disparo de arma de fogo, porquanto ocorrido no período de *abolitio criminis* previsto no Estatuto do Desarmamento.

No mérito, requer a absolvição pela insuficiência de provas, pela atipicidade da conduta ou pelo princípio da bagatela imprópria. Alternativamente, pleiteia a aplicação da atenuante da confissão espontânea.

Por fim, elabora prequestionamento.

Contrarrazões, às f. 139-151, pela rejeição da preliminar e improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 172-182, pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

Preliminarmente, pugna o apelante pela rejeição da denúncia ante a atipicidade do delito de disparo de arma de fogo, porquanto ocorrido no período de *abolitio criminis* previsto no Estatuto do Desarmamento.

Ocorre que o *abolitio criminis* temporário criada pela Lei n. 10.826/03, não se aplica ao caso concreto, pois somente abrange a posse de arma de fogo de uso permitido, sendo o crime de disparo de arma de fogo delito autônomo.

Portanto, sem maiores delongas rejeito, a preliminar aventada e passo a análise do mérito.

No mérito, requer a absolvição da conduta que foi descrita na denúncia nos seguintes termos, conforme f. 2-3:

> *"Consta do inquérito policial incluso que, no dia 18 de abril de 2009, no período noturno, (...), o denunciado afirmou à vitima S.A.C .como, sua ex-convivente, que, por estar inconformado com a separação, iria matá-la e depois também se mataria, sendo que, na sequencia, efetuou dois disparos de fogo para o chão.*
>
> *Consta ainda que, na data de 20 de junho de 2009, por volta das 04h, (...), o denunciado adentrou o quintal da supracitada vítima, sem o seu consentimento, e passou a bater com força nas portas e janelas, tentando entrar na residência e em seguida ameaçou-a, dizendo: 'que não daria sossego para vítima enquanto estivesse vivo e que apenas deixaria em paz morto."'*

Nestes termos, o apelante foi denunciado pelos delitos previstos nos artigos 150 e 147 do Código Penal e artigo 15 da Lei 10.826/03.

O processo foi extinto quanto ao crime de ameaça em razão da retratação da ofendida, quanto ao crime de violação de domicílio foi extinta a punibilidade pela prescrição, e restou somente a condenação quanto ao delito de disparo de arma de fogo.

Pugna o apelante pela absolvição do crime de disparo de arma de fogo sustentando que inexistem provas suficientes para a manutenção da condenação, porquanto "*as provas apresentadas nos autos com relação à autoria são frágeis e insustentáveis, assim como quanto à materialidade e a culpabilidade do Acusado, não se constituindo em elementos suficientes para embasar um decreto condenatório (...)."* (f. 116).

Colhe-se que o crime que o apelante foi denunciado e condenado foi disparo de arma de fogo, sendo que não houve qualquer diligência para a apreensão da arma de fogo, embora declarado no feito que possuía o registro da suposta arma utilizada, bem como não foi realizada perícia no local dos fatos, em que pese ter sido sustentado que os disparos ocorreram dentro da residência da vítima.

É inconteste que o delito previsto no artigo 15 da Lei 10.826/03 é daqueles que deixam vestígios, sendo que, nos termos do artigo 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"*.

Sobre o assunto, trago o escólio de Renato Brasileiro de Lima[1], *in verbis:*

> *"Como dito acima, dispõe o art. 158 do CPP que, quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.*
>
> *(...)*
>
> *Tal qual exposto acima, tratando-se de delito de fato permanente, e sendo possível a realização do exame pericial, impoe-se que a materialidade da infração penal seja comprovada através de exame de corpo de delito direito."*

Ora, na hipótese dos autos, se o apelante foi condenado pelo delito de disparo de arma de fogo, sendo que embora a arma de fogo, supostamente utilizada, não tenha sido apreendida, deveria, no mínimo, ter sido realizada a perícia no local dos fatos para comprovar a materialidade do crime em apreço, o que não foi feito.

Registre-se, ainda, que nem sequer foi encaminhado o apelante para realizar exame de vestígios de pólvora em suas mãos, sendo certo que, além da perícia no local dos fatos, este seria o procedimento padrão nos casos de crimes em que há disparo de arma de fogo.

Assim, se tratando de *delicta fact permanentis* o Código de Processo Penal é incisivo quanto à imprescindibilidade do exame pericial, sendo que este somente poderá ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios houverem desaparecido. O que não ocorreu no feito, porquanto se os disparos foram dentro da casa da vítima, conforme depoimento prestado à f. 59, as provas testemunhais e a confissão do apelante não podem suprir a prova técnica.

Aliás, sobre a necessidade da realização de exame de corpo de delito no crime de disparo de arma de fogo, o Ministro Jorge Mussi, no julgamento do HC 186871, reproduzindo os ensinamentos de Alexis Augusto Couto de Brito, asseverou que:

> *"No crime de disparo de arma de fogo, deverá existir um laudo que comprove a recenticidade do disparo da arma e a prova residuográfica da autoria do disparo. Através deste exame são coletadas amostras dos resíduos microscópicos causados pelo disparo, oriundos dos processos mecânicos e do atrito causado pelos materiais que compõem a arma, o cartucho, o propelente e o projétil (cobre, chumbo, aço, ferro, restos de pólvora queimada ou integra, etc.), e que ficam incrustadas na pele do autor, concentrados quase sempre em suas mãos."* (**O Estatuto do Desarmamento** *: Lei n. 10.826/2003. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 111).*

Assim, denota-se que as medidas essenciais à comprovação da materialidade do delito em tela não foram realizadas, sendo que inviável a tese de que prova técnica é suprível pela prova testemunhal e confissão do apelante, posto que os vestígios do crime não desaparecerem, não se aplicando, portanto, o artigo 168 do Código de Processo Penal.

Por oportuno:

> *"DISPARO DE ARMA DE FOGO. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. ART. 158 DO CPP. PROVA TESTEMUNHAL QUE POR SI SÓ NÃO SUPRE O EXAME PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADADE DOS DELITOS. ABSOLVIÇÃO. ART. 396, INCISO II, CPP. ORDEM CONCEDIDA. 1. É certo que o crime previsto no art. 15 da Lei n. 10.826/03 deixa*

1 *in* Manual de Processo Penal. 2º ed., Niterói, RJ: Impetus, 2012.

vestígios, seja por meio do fragmento descartado do projétil, ou mesmo pelos resquícios de pólvora que repousam sobre o corpo do agente, razão pela qual a autoridade policial, logo após o cometimento da infração, deveria ter realizado perícia no local dos fatos para coletar elementos técnicos aptos a comprovar a materialidade do delito em apreço, o que não foi determinado pelo condutor do inquérito policial. 2. Além da arma de fogo não ter sido apreendida - cuja perícia possibilitaria a verificação se houve um disparo naquele momento -, as medidas básicas essenciais à comprovação da materialidade do delito não foram observadas pela autoridade policial, ônus que lhe cabia, razão pela qual não se vislumbra a existência de um conjunto probatório apto a sustentar a condenação do paciente pelo delito de disparo de arma de fogo". (*HC* 186871/RJ – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 01/06/2011).

"APELAÇÃO CRIMINAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. AUTORIA DUVIDOSA E MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL E PROVA TESTEMUNHAL CLAUDICANTE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. I. Em face da dúvida quanto à ocorrência dos fatos, não havendo certezas nem sobre a autoria, tampouco acerca da materialidade, o caminho mais prudente neste processo é mesmo o adotado na origem, a absolvição. II. Se não há nos autos nenhum laudo pericial da suposta arma de fogo. que sequer foi apreendida -, tampouco houve localização ou perícia do projétil disparado, não tendo sido realizado, nem mesmo, exame resíduo gráfico capaz de comprovar os disparos, a absolvição se impõe. III. Recurso não provido." (TJMG; APCR 1.0223.06.211859-9/001; Rel. Des. Eduardo Brum; Julg. 07/11/2012; DJEMG 22/11/2012).

Acresça-se ainda que causa estranheza a vítima ter noticiado os fatos, em 20.6.09, imputando ao apelante os crimes de ameaça e invasão de domicílio, conforme f. 6-7, sendo que passados menos de um mês da primeira *notitia criminis* acrescentou o disparo de arma de fogo aos fatos inicialmente narrados, conforme termo de declaração à f. 8.

Desta forma, forçoso reconhecer a ausência de provas da materialidade do delito e, consequentemente, decretar a absolvição do apelante.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento a matéria foi totalmente debatida restando prescindível a indicação pormenorizada dos artigos.

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso para, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, absolver N. J. de S. da imputação do artigo 15 da Lei 10.826/03.

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. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 24 de junho de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0004473-62.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Designado Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – INSURGÊNCIA MINISTERIAL CONTRA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA BASEADA NA TESE DA *ABOLITIO CRIMINIS TEMPORALIS* – SENTENÇA MANTIDA POR DIVERSIDADE DE FUNDAMENTOS – ARMA ENTREGUE VOLUNTARIAMENTE À POLÍCIA – ERRO DE PROIBIÇÃO CONFIGURADO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – PRETENDIDA PERSECUÇÃO PENAL DO RECORRIDO QUE TENTOU SUICÍDIO – INJUSTIÇA PATENTE – SUBVERSÃO DA DEFESA DOS INTERESSES DA VIDA HUMANA – DESNECESSIDADE DE ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Com a divergência de posições a respeito da ocorrência ou não de *abolitio criminis* temporária em razão da edição do Decreto n. 7.473/2011, que suscita sérias dúvidas inclusive nos estudiosos da matéria, fica o cidadão sem saber se a posse irregular de arma de fogo é ou não crime, o que provoca o erro de proibição e impõe o reconhecimento da atipicidade da conduta, a qual é evidente na hipótese concreta, já que a arma foi entregue voluntariamente à polícia por familiares do recorrido, para evitar que este cometesse suicídio.

O Direito penal é medida de *ultima ratio* de controle social e não pode se resumir à mera adequação formal de condutas a tipos legais, contrariando direitos individuais e fundamentais que justamente deveria buscar proteger e que lhe dão legitimidade de agir, algo que não seria observado se a estigmatizante persecução penal tivesse curso, com nítida subversão da defesa dos interesses da vida humana, já que seria desumano condenar por posse ilegal de arma de fogo indivíduo que tenta suicídio.

Recurso não provido, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, não prover o recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator.

Campo Grande, 10 de junho de 2013.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator Designado.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Recurso Em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão de primeira instância (f. 42-46) que rejeitou a denúncia, que imputava a Oswaldo Brandão o crime previsto

no art. 12, da Lei 10.826/03, ante a atipicidade da conduta em virtude da *abolitio criminis*, com fulcro no art. 395, III, do CPP.

Em suas razões recursais (f. 48-65), requer a cassação da decisão e via de consequência o recebimento da denúncia e processamento do feito, tendo em vista que o crime de possuir arma de fogo de uso permitido sem autorização regulamentar encontra-se em plena vigência. Ao final elabora prequestionamento.

Contrarrazões (f. 69-78) da defesa, pelo improvimento do recurso interposto.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 94-1402), opinando pelo provimento do recurso, com elaboração de prequestionamento ao final.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Trata-se de Recurso Em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão de primeira instância (f. 42-46) que rejeitou a denúncia, que imputava a Oswaldo Brandão o crime previsto no art. 12, da Lei 10.826/03, ante a atipicidade da conduta em virtude da *abolitio criminis*, com fulcro no art. 395, III, do CPP.

Segundo consta da denúncia de f. 1/2, o recorrente no "*dia 07 de abril de 2013, na Rua Caiuás, 190, apto 101, Vila Alba, nesta cidade, o denunciado possuía, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 01 (uma) arma de fogo, tipo revólver, marca Taurus, calibre.38, de uso permitido, numeração NE954021, municiada.*"

O recorrente requer a cassação da decisão e via de consequência o recebimento da denúncia e processamento do feito, tendo em vista que o crime de possuir arma de fogo de uso permitido sem autorização regulamentar, encontra-se em plena vigência.

O recurso deve ser provido.

Apesar de ter-me posicionado de forma diversa anteriormente, revi o meu posicionamento e entendo que o Decreto 7.473/11 não tem o condão de tornar atípica a conduta prevista no art. 12, da Lei 10.826/03. Explico.

A Lei n. 10.826/2003, nos seus artigos 30 a 32, concedeu um prazo de 180 dias para que os possuidores ou proprietários de armas de fogo não registradas, solicitassem o seu registro no órgão competente ou as entregassem à Polícia.

Tal prazo foi sucessivamente prorrogado pelas Leis 10.884/2004, 11.118/2005 e 11.191/2005, que estenderam o seu vencimento para 23/10/2005.

A Medida Provisória n. 417/08, convertida na Lei n. 11.706/2008, de 19 de junho de 2008, prorrogou novamente o prazo para 31.12.2008, alterando a redação dos artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003.

Por fim, a Lei n. 11.922/09, permitiu que os proprietários ou possuidores de armas de fogo não regulamentadas, tivessem a oportunidade de solicitarem o seu registro até 31/12/2009, ou entregá-las à Polícia Federal.

Assim, o prazo para a população brasileira legalizar as suas armas de fogo e munições, após sucessivas dilações, expirou-se no dia 31/12/2009, a partir de quando nenhum novo prazo foi concedido.

O Decreto Presidencial n. 7.473, publicado em 06/05/2011, não prorrogou novamente o prazo para entregada arma de fogo, acessório ou munição, de que tratam os artigos 31 e 32 da Lei no 10.826, de 2003, apenas estabeleceu os procedimentos a serem obedecidos para a respectiva entrega na Polícia Federal ou nos órgãos e entidades credenciados pelo Ministério da Justiça.

Em razão do referido Decreto, o Ministério da Justiça publicou em 06 de maio de 2011, a Portaria n. 797, de 05 de maio de 2011, estabelecendo os procedimentos de entrega de arma de fogo, acessório ou munição e da indenização prevista no art. 31 e 32 da Lei n. 10.826/2003.

Desse modo, não trouxe novamente a *abolitio criminis* em relação à posse de arma de fogo, mas, tão somente, estabeleceu regras administrativas para a entrega das armas de fogo e sua indenização.

O Decreto 7.473 e a Portaria n. 797/MJ apenas estabeleceram regras procedimentais para extinção da punibilidade em relação ao agente que espontaneamente entregar a arma aos órgãos competentes, sem gerar, contudo, nova descriminalização temporária.

Além disso, a Constituição Federal determina que apenas a lei, em seu sentido estrito, disponha sobre direito penal. Os decretos servem apenas como complemento às normas penais incriminadoras quando o tipo penal não é suficientemente exato e depende de fontes auxiliares para sua perfeita integração, não possuindo o condão de gerar ou extinguir tipos incriminadores.

Portanto, a partir de 1º de janeiro de 2010, ao cidadão que possua arma sem registro, somente lhe resta a alternativa de devolução espontânea na Campanha do Desarmamento para que seja beneficiado pela extinção da punibilidade, nos termos do Decreto 7.473 e da Portaria n. 797/2011, pois caso o agente não restitua e seja surpreendido na posse dessa arma, responderá pelo crime previsto no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento.

No caso dos autos, o apelado não estava mais acobertado pela *abolitio criminis* temporária, a qual expirou em 31/12/2009, tendo em vista que foi flagrado na posse de arma de fogo e munições em 13 de abril do corrente ano. Ademais, não foi feita a entrega espontânea do artefato bélico.

Assim, não há que se falar em atipicidade da conduta prevista no artigo 12 da Lei n. 10.826/2003, atribuída ao recorrente e assim a decisão deve ser cassada e via de consequência processado o feito.

Nesse sentido:

> *"POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONDUTA DO ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO PERPETRADA FORA DO PERÍODO DA VACATIO LEGIS. APLICAÇÃO DA EXEGESE DO ART. 30 DA LEI 10.826/2003. CONDUTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. É considerada atípica a conduta relacionada ao crime de posse de arma de fogo, acessórios e munição seja de uso permitido ou de uso restrito, incidindo a chamada abolitio criminis temporária nas duas hipóteses, se praticada no período compreendido entre 23 de dezembro de 2003 a 23 de outubro de 2005. Contudo, este termo final foi prorrogado até 31 de dezembro de 2008 somente para os possuidores de armamentos permitido (art. 12), nos termos da Medida Provisória n. 417 de 31 de janeiro de 2008, que estabeleceu nova redação aos arts.30 a 32 da Lei n. 10.826/03, não mais albergando o delito previsto no art. 16 do Estatuto - posse de arma de fogo, acessórios e munição de uso proibido ou restrito. 2. Com a publicação da Lei n. 11.922, de 13 de abril de 2009, o prazo previsto no art. 30 do Estatuto do Desarmamento foi prorrogado para 31 de dezembro de 2009 no que se refere exclusivamente à posse de arma de uso permitido.3. In casu, em se tratando de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, vislumbra-se que é típica a conduta atribuída*

ao paciente em relação ao art. 12 da Lei n. 10.826/03, pois não se encontra abarcada pela excepcional vacatio legis indireta prevista nos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/03, tendo em vista que a busca efetuada na sua residência ocorreu em 9.12.2010.4. ***O Decreto n. 7.473/11 e a Portaria n. 797/2011 não estenderam o prazo para a entrega de armas de uso permitido, nem poderiam fazê-lo, uma vez que ambas de hierarquia inferior à lei que estabeleceu mencionado prazo.*** *5. A presunção de boa-fé a que se refere tais normas restringe-se àquele que entregar espontaneamente sua arma à Polícia Federal, não abrangendo o possuidor ou proprietário que a mantiver ilegalmente em sua posse/propriedade.6. Habeas corpus não conhecido."* (HC 243.759/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012).

"PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI N. 10.826/03). PLEITO MINISTERIAL DE REFORMA DA DECISÃO QUE REJEITOU LIMINARMENTE A DENÚNCIA PELA ATIPICIDADE TEMPORÁRIA DA CONDUTA. ACOLHIMENTO. CONDUTA NÃO ALBERGADA PELA ABOLITIO CRIMINIS, PORQUE PRATICADA POSTERIORMENTE A 31.12.2009. DECRETO N. 7.473/2011 E PORTARIA N. 797/2011-MJ QUE NÃO ESTENDERAM O PRAZO DA ABOLITIO CRIMINIS *MAS APENAS REGULARAM O PROCEDIMENTO DE ENTREGA VOLUNTÁRIA DAS ARMAS DE FOGO E SUA INDENIZAÇÃO. CONDUTA TÍPICA. DENÚNCIA RECEBIDA. RECURSO PROVIDO.* ***O Decreto n. 7.473, de 06 de maio de 2011 (que regulamentou a Lei n. 10.826/03) e a portaria n. 797/2011, do Ministério da Justiça, não prorrogaram o prazo da abolitio criminis para o crime de posse irregular de arma de fogo, e sim estabeleceram regras administrativas para a entrega espontânea das armas de fogo e sua indenização, especial hipótese que acarreta a extinção da punibilidade."*** (TJPR; Rec.Sen.Est. 0906806-4; Paranavaí; Segunda Câmara Criminal; Relª Juíza Conv. Lilian Romero; DJPR 22/02/2013; Pág. 365).

"48414868 - APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA NAS MUNIÇÕES. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ABOLITO CRIMINIS. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...). ***Com respaldo no Decreto da presidência da república n. 7.473/2001, foi publicada a portaria n. 797 pelo Ministério da Justiça, que apenas estabeleceu regras procedimentais para extinção da punibilidade em relação ao agente que espontaneamente entregar a arma aos órgãos competentes, sem gerar, contudo, nova descriminalização temporária.*** *5. Nestes termos, a partir de 1º de janeiro de 2010, ao cidadão que possua arma sem registro, somente lhe resta a alternativa de devolução espontânea na campanha do desarmamento para que seja beneficiado pela extinção da punibilidade, nos termos da portaria n. 797/2011, pois caso o agente não restitua e seja surpreendido na posse dessa arma, responderá pelo crime previsto no artigo 12 do estatuto do desarmamento. 6. Recurso conhecido e não provido para manter incólume a sentença que condenou o apelante nas sanções do artigo 12, caput, da Lei n. 10.826/2003, à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, fixados no valor mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por 01 (uma) restritiva de direitos."* (TJDF; Rec 2010.08.1.005532-3; Ac. 572.859; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati; DJDFTE 20/03/2012; Pág. 258).

"APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. REJEIÇÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS -RECONHECIMENTO PRIVILÉGIO DO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006.

> *DESCABIMENTO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. RECURSO MINISTERIAL. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO. CONDENAÇÃO DO APELADO MARCOS. NECESSIDADE. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. I - Estando as interceptações telefônicas de acordo com as diretrizes da Lei n. 9.296/96, não há que se falar em nulidade. II - Comprovado o tráfico de drogas pelos réus, confirmando-se as interceptações telefônicas e depoimentos dos usuários que adquiriram entorpecentes dos acusados com acompanhamento pelos policiais de movimentação típica de venda de drogas pelos réus e apreensão de drogas, além de uma organização para a prática constante da atividade, imperiosa a confirmação da condenação pelos crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico de drogas. III - Tratando-se de réu reincidente, não há como reconhecer o privilégio do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, ante a ausência dos requisitos legais. IV - Fixadas as penas com razoabilidade, dentro dos limites legais e em consonância com os elementos extraídos dos autos, inviável sua redução.* ***V - O Decreto de n. 7.473 e a Portaria nº 797, apenas regulamentam a entrega de arma de fogo, acessórios ou munição e o pagamento da respectiva indenização, não tornando atípica a conduta de quem é surpreendido na posse desses objetos em sua casa ou local de trabalho. Assim restando devidamente demonstradas a materialidade e autoria do delito previsto no art. 12, da Lei nº 10./826/03, a condenação do apelado é medida de rigor."*** (TJMG; APCR 1.0040.11.006036-1/001; Rel. Des. Eduardo Machado; Julg. 18/09/2012; DJEMG 24/09/2012).

Diante do exposto, com o parecer, ***dou provimento*** ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, cassando a decisão de f. 42-46, determinando a remessa dos autos à origem para seu regular processamento.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (1° Vogal).

Relembrando. Cuida-se de <u>*Recurso em Sentido Estrito*</u> interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão que, pela atipicidade da conduta decorrente de *abolitio criminis temporalis,* rejeitou a denúncia oferecida em desfavor do recorrido Oswaldo Brandão**,** ao qual foi imputada a prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei 10.826/03).

O *parquet* suscita incorreção e pede reforma para determinar o recebimento da exordial acusatória e o regular processamento do feito, aduzindo que o crime de possuir arma de fogo de uso permitido sem autorização regulamentar encontra-se em plena vigência.

O e. Relator, Des. Manoel Mendes Carli, deu provimento ao recurso.

A despeito dos judiciosos argumentos, vou divergir, mantendo a rejeição da denúncia por fundamentos diversos, quais sejam, a ocorrência da figura do erro de proibição e a desnecessidade da atuação do Direito Penal sob o prisma da intervenção mínima, do princípio da ofensividade e da dignidade da pessoa humana.

Recupero, inicialmente, os termos em que o recorrido foi denunciado (p. 1-2):

> *"No* ***dia 07 de abril de 2013****, na Rua Caiuás, 190, apto. 101, Vila Alba, nesta cidade, o denunciado possuía, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 01 (uma) arma de fogo, tipo revólver, marca Taurus, calibre .38, de uso permitido, numeração NE954021, municiada.*
>
> ***Apurou-se que o denunciado, devido à ingestão concomitante de álcool e remédios controlados,*** ***<u>ameaçou suicidar-se</u>****, durante uma discussão com sua esposa.*
>
> ***Os familiares do denunciado, preocupados, esconderam o revólver dele, que ficava guardado no guarda-roupa do quarto. O denunciado mesmo assim continuou a afirmou que iria se matar.***

A Polícia Militar então foi acionada e, ao chegar ao local, constatou que o denunciado possuía em sua residência, sem autorização legal, 01 (um) revólver, marca Taurus, calibre .38, de uso permitido, municiado, razão pela qual o prendeu em flagrante delito".

Após analisar detidamente a matéria posta em debate, afigura-me, hialinamente, ser descabida a insurgência ministerial.

Isso porque, superando as fervorosas discussões sobre a ocorrência ou não da *abolitio criminis* temporária em razão da edição do Decreto n. 7.473/2011, que atribuiu presunção de boa-fé aos possuidores de arma em situação ilegal, permitindo a respectiva entrega à autoridade competente, tenho que a hipótese é de absolvição.

Em primeiro lugar, pela inexistência de um dos elementos essenciais para se configurar a infração, a *culpabilidade*, vez que ocorre a figura do *erro de proibição*.

Compreendidos como requisitos da culpabilidade, a imputabilidade, o *potencial conhecimento da ilicitude* e a *exigibilidade de conduta diversa*, constata-se ser o caso de reconhecer a impossibilidade de punir por conta de fatores que afetam diretamente o *potencial conhecimento* do ilícito.

Como é cediço, o erro de proibição é aquele *"que recai sobre a ilicitude do fato (CP, art. 21), isto é, o agente supõe que sua conduta é permitida pelo Direito quando, na verdade, é proibida: 'aqui o autor sabe o que faz tipicamente, mas supõe de modo errôneo que isso era permitido"* (GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição, 5 ed. São Paulo: RT, 2001, 140 p.).

A respeito do delito em tela, fica o cidadão sem saber se a conduta é ou não ilícita a começar pelos entendimentos divergentes a respeito da ocorrência de atipicidade temporária, o que suscita sérias dúvidas inclusive nos estudiosos da matéria, quanto mais no cidadão, alheio aos meandros da técnica jurídica, que ao longe toma conhecimento dos entendimentos conflitantes dos doutos.

Além disso, constata-se que o Estado, enquanto curador do bem jurídico objeto da tutela penal do crime sob análise, ocupando, destarte o papel de "vítima" no processo, indica reduzir a importância da conduta de manter a guarda de arma de fogo para fins de aplicação do Direito Penal, realizando campanhas em que a finalidade almejada pela norma (desarmamento) é atingida por meio de ações de âmbito administrativo (o que, diga-se de passagem, tem mostrado melhores resultados do que a criminalização).

A população tem informações de que é possível efetuar a entrega de armas de fogo à autoridade policial e ainda receber uma indenização em dinheiro, de acordo com as regras definidas pelo Ministério da Justiça, sem nenhuma consequência de índole penal, ficando evidente que o Governo incentiva o desarmamento voluntário, sem apenar, ou ao menos investigar, aquele que mantinha o artefato guardado.

No endereço eletrônico **www.entreguesuaarma.gov.br** é possível observar como se desenvolve a campanha estatal, voltada para despertar a consciência sobre o risco que o artefato bélico pode trazer e não na intimidação de se aplicar a força repressiva do Direito Penal.

Porém, assim como o Estado incentiva a diminuição dos índices de consumo de álcool, por estar o descontrole de seu uso relacionado a diversas mazelas sociais, e nem por isso o ato de ingerir bebidas alcoólicas por si só configura delito; tem o cidadão a impressão de que ter arma sem registro em casa não é bom, mas também não é crime, diante da tolerância demonstrada pelo agente repressor.

Então, não se pode negar que tais campanhas obstam que o cidadão comum tenha exata noção do conteúdo criminal da conduta de ter a posse de arma de fogo, sobremaneira por se tratar o termo "posse" de

um critério técnico, muitas vezes confundido, inclusive no âmbito acadêmico e profissional, com o "porte" de arma, fazendo crer que a ilicitude somente está relacionada "a trazer a arma consigo", mas não em "tê-la guardada" sem pronta possibilidade de uso.

É cediço que, nos termos do art. 21 do CP, o conhecimento acerca da ilicitude da conduta, para fins de se configurar a culpabilidade, é somente *potencial*, para que não se impeça a aplicação da lei penal. Contudo, em se tratando de delito de perigo abstrato, que não exige a concreta ofensa ao bem jurídico protegido pelo Direito Penal, a verificação da exigência dessa noção perfunctória do caráter ilícito da conduta por parte do agente deve ser feita com mais cuidado pelo julgador, para não a tornar excessiva para o homem comum.

Em monografia dedicada ao tema do erro de proibição e sua relação com o bem jurídico penal, Ivan Martins Motta, afirma que hodiernamente há vários fatores que influenciam a ocorrência do erro de proibição, especialmente a excessiva tipificação de condutas. Confira-se:

> *"Ferrajoli salienta que, no momento presente, assiste-se a uma profunda e crescente crise do direito, que se manifesta inclusive nos países de democracia mais avançada. Dentre as diversas manifestações dessa crise do Estado social, que se manifesta pela inflação legislativa provocada pela pressão de interesses setoriais e corporativos, a perda de generalidade e abstração das leis, a crescente produção de leis-atos, o processo de descodificação e o desenvolvimento de uma legislação fragmentária, inclusive em matéria penal, habitualmente sob o signo da emergência e da exceção. Esse complexo panorama jurídico não pôde deixar de repercutir no processo de conscientização do injusto.*
>
> *Essa exacerbação legislativa em matéria penal foi bem destacada por Ulfrid Neumann, ao salientar que o atual cenário do Direito Penal é mundialmente caracterizado pela tendência à sua expansão, notadamente nos últimos anos com a assim denominada "guerra" contra o terrorismo internacional, acarretando, em consequência, criação de novos tipos penais, agravação das penas cominadas e a ampliação das atribuições de investigação dos órgãos da persecução penal. E o que é pior, essa expansão está estendendo também à criminalidade clássica, fazendo com que "o direito penal passa a ser percebido socialmente antes como grande garantidor da segurança dos cidadãos do que como ameaça aos seus direitos de liberdade". Vive-se um momento em que o Direito Penal está ameaçado de "perder as limitações que lhe impõe o Estado de direito. É que a compreensão do direito penal exclusivamente preventiva, instrumental, conduz à máxima de que tudo o que promete segurança está permitido".*
>
> *Dentro desse contexto, assinala-se que o moderno Direito Penal se caracteriza pela referência a bens jurídicos genéricos, vagos e universais, que não são perfeitamente delimitados, claramente visíveis a todos os cidadãos e fáceis de definir e compreender como acontecia até pouco tempo atrás, quando o injusto penal se concentrava em bens jurídicos circunscritos a setores básicos da sociedade. Acrescente-se que importantes tradições do Direito Penal são frequentemente abaladas pela ingerência crescente de funcionários administrativos que decidem onde estão os limites do injusto penal, como sucede, por exemplo, no Direito Penal do meio ambiente, sujeito a frequentes autorizações provenientes do poder executivo.*
>
> *Essas características do moderno Direito Penal contribuem, sem dúvida, para uma progressiva ampliação do erro sobre a ilicitude do fato. Assim, dentro do quadro atual, a probabilidade de incidência do erro de proibição direto nas ações ou omissões que lesam ou expõem a perigo de lesão esses bens transindividuais, difusos ou coletivos, é significativamente maior, conforme se observa nos julgados infra."* (Erro de proibição e bem jurídico-penal. São Paulo: RT, 2009, p. 157-158).

Assim, observando se tratar de delito de perigo abstrato, cujo entendimento sobre o caráter ilícito, por conta da inexistência de concreta ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma, é de mais difícil alcance pelo cidadão comum, somando-se a isso a manifesta tolerância estatal em relação à conduta criminalizada, o que justifica ainda mais a errônea compreensão deste acerca da ilicitude, é de se manter a rejeição da denúncia em decorrência do erro de proibição.

Arrematando o raciocínio, é certamente incoerente se esperar do cidadão um claro entendimento sobre o tema, enquanto os próprios estudiosos do Direito ainda se digladiam em torno dele.

Aliás, o caso em exame se traduz em um exemplo eloquente.

A uma porque o colega singular, lastreado em jurisprudência desta Corte, mais especificamente do próprio Relator Des. Manoel Mendes Carli, na ACrim n. 2011.028541-3, posicionou-se pela atipicidade da conduta que se pretende imputar como criminosa.

A duas porque a arma não foi apreendida, mas sim entregue voluntariamente pela filha do recorrido às autoridades policiais, quando estas foram acionadas para evitar o suicídio do genitor dela, pondo-se em xeque, portanto, a questão da possibilidade da criminalização da conduta do recorrido, mesmo se considerado o novo entendimento do Relator no sentido de que *"a partir de 1º de janeiro de 2010, ao cidadão que possua arma sem registro, somente lhe resta a alternativa de devolução espontânea na Campanha do Desarmamento para que seja beneficiado pela extinção da punibilidade, nos termos do Decreto 7.473 e da Portaria nº 797/2011, pois caso o agente não restitua e seja surpreendido na posse dessa arma, responderá pelo crime previsto no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento"*. (grifos originais).

Disse Laryssa Luiza de Amorim Brandão à autoridade policial (p. 9):

> *"Relata que é filha de OSVALDO BRANDÃO; que declina que seu pai toma remédios controlados como clonazepan, certralina e fluexetina; QUE declina que seu pai perdeu o emprego há cerca de dois anos e ficou deprimido, sendo que após tais fatos comentou algumas vezes que gostaria de tirar a própria vida; QUE relata que seu pai possui uma arma de fogo há muitos anos, sendo que a família temia que OSVALDO pudesse utilizá-la para ceifar a vida; QUE declina que seu pai passou a ingerir bebida alcoólica diariamente; QUE nesta data a depoente estava em um churrasco, quando sua mãe lhe telefonou informando que ela e seu pai estavam discutindo, sendo que OSVALDO estava muito nervoso; QUE, a mãe da depoente já havia escondido a arma de fogo, com medo da reação de OSVALDO; Relata que, em certo momento OSVALDO foi até o quarto, onde passou a revirar o guarda-roupa procurando a arma; QUE Osvaldo ficou mais nervoso e disse que não adiantava esconder que ele 'iria fazer de qualquer jeito', momento em que foi para a cozinha, pegou uma faca de açougueiro e tentou perfurar sua própria barriga; QUE o irmão da depoente acionou a polícia; QUE, algum tempo depois policiais chegaram ao local e conduziram a pessoa de OSVALDO a esta Delegacia, em virtude da prática do delito de posse de arma de fogo".*

Ora, se a arma foi entregue espontaneamente, ainda que não à Polícia Federal ou a entidades credenciadas pelo Ministério da Justiça, conforme autoriza o Decreto Presidencial n. 7.473 de 6/5/2011, certo é que, no máximo, poderia se falar em uma infração administrativa, porém nunca no crime tipificado no art. 12 da Lei 10.826/2003.

Nesses contornos, a configuração do erro de proibição mostra-se evidente e obsta o prosseguimento do feito nos termos do art. 395, III, do CPP.

Não fosse isso, a falta de justa causa para o exercício da ação penal também exsurge da desnecessidade da atuação do Direito penal no caso concreto do recorrido, especialmente porque, como

medida de *ultima ratio* de controle social, não pode se resumir à mera adequação formal de condutas a tipos legais, contrariando direitos individuais e fundamentais que justamente deveria buscar proteger e que lhe dão legitimidade de agir.

No Livro Direito Penal Contemporâneo – Questões Controvertidas (São Paulo: Saraiva, 2011), Gilmar Ferreira Mendes, Pierpaolo Cruz Bottini e Eugênio Pacelli, retomando os ensinamentos de Von Liszt, lembram que *"o Direito existe para a defesa dos interesses da vida humana, a norma não poderia ter outro objetivo senão o cumprimento dos próprios fins no âmbito da realidade social"*.

Continuam o escólio dizendo:

> *"O critério político-criminal fundamental, no âmbito de um Estado Democrático de Direito de cunho personalista, é sem dúvida a garantia dos direitos humanos. Aceito esse pressuposto político-ideológico e tomado o Estado como instrumento a serviço dos indivíduos, a atividade político-criminal deverá estar necessariamente orientada à busca da proteção dos respectivos direitos fundamentais, mesmo na esfera penal.*
>
> *(...)*
>
> *É evidente que o Estado Democrático de Direito constitui, por sua própria natureza, um ordenamento imperfeito, resultando impensável a absoluta harmonia de interesses e valores nos diversos níveis do sistema. Aliás, essa aparente imperfeição constitui o maior mérito dos ordenamentos jurídicos democráticos, uma vez que a total ausência de antinomias só seria possível se não se incorporasse às normas nenhum vínculo substancial, como acontece no Estado Absoluto, no qual estas existem e possuem validade porque são produzidas dentro das formas estabelecidas.*
>
> *Resulta, então, missão fundamental do Estado trabalhar com as antinomias existentes em matéria de direitos fundamentais, de forma que se sopesem os interesses em conflito num contexto pluralista, sem jamais perder o foco da proteção dos direitos individuais.*
>
> *(...)*
>
> *Há de se estabelecer, nessa perspectiva, o conceito de pessoa como destinatária da norma jurídico-penal.*
>
> *(...)*
>
> *Assim, a pessoa, tomada a um só tempo como destinatária e fundamento da norma jurídico-penal, deve ser entendida em sua dimensão concreta e comunicativa, a partir de sua capacidade de relacionar-se socialmente, com o fim de atingir seu livre desenvolvimento. Essa concepção impede que o indivíduo seja considerado objeto da norma ou da política pública do Estado, reconhecendo-se sua condição de sujeito no contexto social. A partir desse entendimento, mostra-se ilegítima a adoção de modelos de intervenção penal fundados em uma visão apriorística da pessoa, justamente por desrespeitarem, em qualquer caso, sua autonomia, considerada em sentido social.*
>
> *É interessante observar, nesse sentido, que* ***referida concepção de pessoa como destinatária da norma retira, ainda, a legitimidade das formas de intervenção penal na linha paternalista, representadas pela tutela autoritária de situações em que, na verdade, não se verifica violação relevante ao bem jurídico, em razão do interesse dos próprios indivíduos concretamente envolvidos.***
>
> *(...)*

> ***Na verdade, a admissão de um modelo de Estado voltado à busca do bem-estar material dos cidadãos não obriga a postular como desejável um intervencionismo penal que restrinja a liberdade da pessoa além do imprescindível para sua própria proteção. Dessa forma, ao estabelecer valores, interesses e garantias fundamentais, a Constituição Federal não se dirige originalmente à regulação do comportamento dos cidadãos entre si, e sim ao reconhecimento de limitações fundamentais ao exercício do poder político do Estado. A referência expressa a direitos e bens no texto constitucional tem, portanto, por objetivo primordial sua fixação como limite a ser respeitado pelo poder público, não sendo possível transportá-los automaticamente à esfera penal para efeito de criar tipos ou mecanismos de imputação que atinjam excessivamente os próprios direitos fundamentais do agente.***
>
> *A conexão entre intervenção jurídica estatal e direitos humanos deve ocorrer, portanto, de forma que o Direito Penal não derive nem de uma interpretação moral dos direitos fundamentais nem de uma leitura ética da soberania popular. A pessoa como destinatária da norma penal há de ser respeitada e reconhecida antes de qualquer outro valor ou interesse, não por corresponder à parte da coletividade, e sim por sua dignidade, materializada na autonomia dirigida à busca do livre desenvolvimento no âmbito das relações sociais de que participa."*

Nessa toada, por óbvio que a persecução penal do recorrido, quanto ao crime de posse ilegal de arma de fogo, implicaria na subversão da defesa dos interesses da vida humana, pois, se de um lado temos um delito de perigo abstrato, em que a verificação da ofensividade é antecipada, no outro, há também um destinatário de proteção da norma, o recorrido, com todo o seu sofrimento ocasionado pela sua marginalização, desemprego, pelos problemas psicológicos, bem como pelas mazelas que o consumo exagerado de bebida alcoólica pode trazer.

A amargura é tamanha, que levou o recorrido a pensar no impensável ato extremo de tirar a sua vida, algo que só não ocorreu pela pronta atuação de sua família, especialmente de seus filhos, que o impediram de pegar a arma de fogo, entregando-a polícia, e também não deixaram ele perfurar a própria barriga com uma faca de açougueiro, de acordo com o que narrou Laryssa.

O Estado, ao invés de cumprir com sua obrigação, oferecendo suporte ao cidadão e a sua família, trancafiou o recorrido em ergástulo público, fora dos olhos zelosos de seus entes queridos, dando, com isso, mais motivos para que ele efetivamente se matasse, tragédia que, novamente, foi evitada pelo pagamento da fiança que o permitiu responder ao processo em liberdade.

Arrisco-me a dizer, igualmente, que, resultando a estigmatizante ação penal em uma sentença condenatória, além da injustiça que seria patente contra o recorrido, certo é que a pena seria mais severa não ao sentenciado, mas aos familiares que deram causa à persecução penal, conquanto, no intuito de salvá-lo, teriam eles mesmos puxado o gatilho da arma, fenecendo o indivíduo, assim considerado.

É, a toda evidência, perder de vista o princípio da humanidade, sobre o qual são elucidativos os apontamentos de Guilherme de Souza Nucci (*in* Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais, São Paulo: Editora Revista de Tribunais, 2010), que diz:

> *"Perder a capacidade de indignação, a sensibilidade par o justo e a possibilidade de reclamar podem ser caminhos estreitos e direitos para o embrutecimento do ser humano, tornando-o indiferente a si mesmo, seus atos e as consequências de cada um deles, consolidando pedra inóspita em lugar da brandura do coração.*
>
> *Não é à toa que o termo humano quer dizer, dentre outros, bondoso afável e civilizado. A humanização da sociedade indica o rumo correto em direção à civilidade, fazendo ressaltar, em comunidade, os valores inerentes ao respeito e à fraternidade.*

> *Por isso, o princípio da humanidade significa, acima de tudo, atributo ímpar da natureza humana, consistindo em privilegiar a benevolência e a complacência, como formas de moldar o cidadão, desde o berço até a morte. Viver, civilizadamente, implica em colocar à frente os bons sentimentos, indicando às futuras gerações que o mal se combate com o bem, transmitindo o exemplo correto e proporcionando o arrependimento e a reeducação interior. Ninguém, no universo da natureza humana, é infalível; erros existem de todos os naipes, dentre eles as infrações penais. Contra estas, com certeza, pode e deve insurgir-se a sociedade, por seus poderes regularmente constituídos, mas, tendo por limite e por fronteira, a humanização de seus atos e de suas punições."*

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já em fevereiro de 2001, enfrentou questão semelhante a dos autos e, em consonância com a doutrina compatível com o Estado Democrático de Direito, entendeu que ***"é desumano condenar por porte ilegal de arma, cidadão que tenta suicídio"***.

Transcrevo trecho do voto do Relator nessa Apelação Crime n. 70001945070, Des. Amilton Bueno de Carvalho, que bem analisou a questão, chamando à atenção sobre o perigo do absolutismo do formalismo:

> *"A história do processo assim ficou definida: o apelante, por desavença com a esposa, tentou suicídio – teria desferido tiro na cabeça – ver fotos de fl. 18. Então, como não tinha porte da arma respectiva, foi processado e condenado pelo delito do art. 10, da Lei 9437/97.*
>
> *O surrealismo está presente: tenta se matar, fica lesionado e resta condenado pelo uso de arma.*
>
> *A situação é-me desconfortável (absurdamente desconfortável): como condenar alguém que tentou suicídio – veja-se o sofrimento do cidadão – porque o uso da arma não era autorizado?*
>
> *Com a respeitável vênia do ilustre colega singular, olho o fenômeno jurídico de outro local (o que não quer dizer que o faço melhor: '...no hay ninguma razón clara para poner em duda la bondad de una interpretación respecto a outra, ni que pude haber una sea mejor que todas ', Ronald Dworkin, 'Como el Derecho se parece a la Literatura ', in 'La Decisión Judicial ', Siglo del Hombre Editores, Colombia, 1997): o cidadão réu – descompassado é certo – já sofreu demais. Condená-lo não tem o menor significado, a não ser inócua e estéril fúria persecutória.*
>
> ***Não me parece justa a condenação. Não me parece racional. Não me parece digna.***
>
> ***Renovada vênia, o espaço judicante não se esgota no mero formalismo (cidadão porta arma sem autorização, logo irremediavelmente será condenado). Fatores outros – afetivos, emocionais, econômicos, sociais – alcançam o ato de julgar: decide-se sobre pessoas (com suas circunstâncias) e não sobre normas.***
>
> ***Aliás, o pensador andaluz David Sánches Rubio – brilhantemente como sempre – chama atenção para o que ele chama 'el peligro de la absolutización del formalismo':***
>
> *'...en el instante que olvidamos que lo formal está en nuestras estructuras mentales... y cremos que está en los objetos de la experiencia, perdemos la noción de realidad junto a toda su complejidad y multidimensionalidad. '*
>
> *'En el campo del derecho, cuando el fenómeno jurídico se concibe como mera forma o procedimento, sucede que se absolutiza tanto esta dimensión, que se transforma en la única realidad posible, ocultando otros elementos importantes, entre ellos, los procesos sociales y sus actores. '*

> *'Priorizar y absolutizar la forma en la ciencia juridica por encima de su contenido, implica una actitud ideológica e interesada de determinados sujetos, hasta tal punto que incluso el problema de la vida humana pierde importancia. ' (Filosofia, Derecho y Libertación en América Latina, Editorial Descleé Brouwer, 1999, Bilbao, Espanha, p.244/245).*
>
> *Enfim, qual a necessidade da condenação? Onde está o interesse? Não logro vislumbrar...*
>
> *Neste contexto – renovada vênia do colega singular – opto pela absolvição (para que serve, repito, o ato condenatório?). Sigo o colega Paulo Moacir: há que se evitar condenações inúteis."*

Diante do exposto, divirjo do i. Relator, Des. Manoel Mendes Carli e, contra o parecer, nego provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, com o fim de manter a rejeição da denúncia que havia sido proposta em desfavor de **Oswaldo Brandão.**

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (2° Vogal).

Acompanho o 1° vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NÃO PROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO 1º VOGAL, VENCIDO O RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 10 de junho de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Instrumento n. 4004165-61.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Designado Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI N. 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA) – RECURSO INADEQUADO DIANTE DA NATUREZA CRIMINAL DAS REFERIDAS MEDIDAS – APELAÇÃO CRIMINAL QUE SE MOSTRA APROPRIADA, A TEOR DO ART. 593, II, DO CPP – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO E RECEBIDO COMO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO.

Não é cabível a interposição de agravo de instrumento contra decisão que defere medida protetiva de urgência prevista na Lei n. 11.340/06 (“Lei Maria da Penha”), destinada a obrigar comportamentos ao agressor (artigo 22) em razão de precedente infração penal.

Uma vez, entretanto, que o caso envolve medida acautelatória fixada em incidente criminal, é possível receber o recurso como *habeas corpus* substitutivo, a fim de apurar eventual constrangimento ilegal causado ao paciente.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO – MÉRITO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – AFASTAMENTO DO LAR E PROIBIÇÃO DE APROXIMAÇÃO E CONTATO COM A VÍTIMA – DEFERIMENTO SEM PRÉVIA OITIVA DO AGRESSOR – POSSIBILIDADE – PEDIDO DE SUJEIÇÃO DO PROCEDIMENTO AO RITO DAS AÇÕES CAUTELARES PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – AFASTADO – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA DETERMINAR AO JUÍZO QUE EXAMINE A PEÇA PROCESSUAL DEFENSIVA APRESENTADA PELO SUPOSTO AGRESSOR COMO PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA MEDIDA PROTETIVA, SEM A NECESSIDADE DE OBSERVAR O RITO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ASSEGURANDO, ENTRETANTO, A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO.

Inexiste óbice ao deferimento de medida protetiva de urgência sem oitiva do suposto agressor e com base nas palavras da vítima.

Às medidas protetivas de urgência não se aplica o rito das ações cautelares previsto no Código de Processo Civil.

A preocupação manifestada com a necessidade de resguardar o contraditório e a ampla defesa não tem sentido, pois o ofensor não está impedido de, a qualquer tempo, exercer o direito de defesa via simples pedido de retratação ou revogação da medida ao juiz de primeira instância. Em caso de indeferimento, abre-se a via do *habeas corpus* ou até do mandado de segurança cível ou criminal, dependendo da natureza da medida imposta. Afora isso, é possível impugnar a decisão via apelação criminal, de acordo com artigo 593, inciso II, do Código de Processo Penal.

Ordem concedida em parte para determinar ao magistrado *a quo* que examine a peça processual defensiva apresentada pelo suposto ofensor como pedido de revogação da medida protetiva, sem a necessidade de observar o rito previsto no Código de Processo Civil, assegurando, entretanto, a ampla defesa e o contraditório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, prover em parte o recurso, nos termos do voto do 2º vogal, vencido o relator.

Campo Grande, 29 de julho de 2013.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator Designado.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

M. O. F. interpõe AGRAVO DE INSTRUMENTO, com pedido de efeito suspensivo e antecipação de tutela, objetivando a reforma da decisão do JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE CAMPO GRANDE, que modificou parcialmente medida protetiva de urgência anteriormente concedida nos autos do processo cautelar interposto por F. A. M. S. O.

Argumenta que a cautela foi deferida com base unicamente nos fatos descritos pela agravada, inexistindo justificativa para sua concessão, porquanto o agravante nunca praticou agressão física ou psicológica contra aquela.

Relata que após sua intimação, o agravante apresentou contestação e interpôs o AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 400303-31.2013.8.12.0000, almejando a revogação integral da liminar concedida.

Após tais providências o magistrado singular modificou parcialmente a medida protetiva, reduzindo a distância mínima de afastamento entre as partes para 03 m (três metros), *"deixando, no entanto, de apreciar as demais matérias apresentadas na peça de contestação, determinando ciência às partes"* (f. 14/15).

Argumenta que o *decisum* seria nulo ante a falta de fundamentação, pois além de não apreciar as teses apresentadas na peça contestatória, deixou-se de mencioná-la, ignorando-a por completo.

Defende que a mantença da decisão objurgada fere os princípios constitucionais do acesso à Justiça e da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo para suspender a eficácia da decisão combatida e a tutela antecipatória, determinando-se a *"instauração do devido processo legal, com o recebimento da contestação apresentada pela parte agravante, seguindo o rito estabelecido no Código de Processo, na forma de Direito"* (f. 32 – destaques no original).

Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

A tutela de urgência foi parcialmente deferida apenas para o fim de conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita e determinar à instância singela que siga o rito procedimental previsto no Código de Processo Civil (f. 224/227).

A autoridade coatora prestou as informações de estilo (f. 231/236).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (f. 242/247).

VOTO (EM 22.7.2013)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

Extrai-se dos autos que, aos 23 de janeiro de 2013, por volta das 19 h, no interior da residência localizada na Rua Independente n. 660, Jardim Aero Rancho, em Campo Grande, o acusado praticou vias de fato contra a vítima F. A. M. S. O., sua convivente, desferindo-lhe empurrões, apertando seu pescoço e arremessando uma cadeira em sua direção, a qual, todavia, não lhe atingiu.

A ofendida pleitou a concessão de medidas protetivas de urgência, que restaram deferidas pela instância singela, determinando ao ora agravante o afastamento do lar; recondução da requerente e seus dependentes ao domicílio, e proibição de aproximação e contato com a vítima, mantendo distância mínima de 300 m (trezentos metros) (f. 76/78).

Irresignado, M. apresentou contestação, cujo teor não foi examinado pelo julgador singular, *in verbis* (f. 68/69):

> *"Inicialmente, cumpre ressaltar que as medidas protetivas de urgências foram deferidas com base nos fatos descritos no Boletim de Ocorrência, que retrata a prática da infração penal de ameaça, cometidos em situação de violência doméstica e familiar contra a vítima, e por tratar-se de medidas pleiteadas pela própria ofendida, vinculada à ocorrência policial de uma suposta conduta delituosa, resta caracterizada sua natureza exclusivamente penal, não havendo em que se falar em contestação e impugnação à contestação.*
>
> *(...)*
>
> *Desta forma, considerando ser o pedido de medidas protetivas de urgência mero incidente processual da ação penal bem como não haver previsão legal para o ato requerido, INDEFERE-SE o pedido de citação do requerido bem como deixa-se de analisar as matérias arguidas em sede de contestação, uma vez que, por se tratar de mérito do processo criminal, serão analisadas pelas vias judiciais próprias.*
>
> *Não obstante, a Lei 11.343/06 introduziu nos artigos 22 e 23 as medidas protetivas como forma de aumentar a garantia de proteção às vítimas de violência doméstica, devendo prevalecer até que estejam presentes os requisitos e situações fáticas que ensejaram a sua aplicação, de forma que a decisão acerca do período de vigência da medida protetiva relacionada será proferida na sentença do processo criminal, em conformidade com o entendimento explanado pelo e. TJMS (ex vi ACR 2011.036182-3, 1ª Câmara Criminal, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Julgamento: 29/03/2012, Publicação: DJMS 04/04/2012)."*

Na mesma oportunidade, o magistrado *a quo* modificou parcialmente a medida protetiva, reduzindo a distância mínima entre as partes para 03 m (três metros).

A irresignação recursal cinge-se à falta de apreciação, da contestação apresentada, requerendo o agravante, ainda, a suspensão da medida protetiva de urgência deferida.

Em relação ao pleito de suspensão da medida cautelar é certo que o mesmo não merece acolhimento, conforme já explanado quando da apreciação da liminar.

Acerca da matéria leciona a doutrina:

> *"o legislador distinguiu as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (art. 22) das medidas protetivas de urgência à ofendida (arts. 23 e 24), enquanto aquelas*

> *são direcionadas ao agressor, limitando em vários aspectos sua liberdade, estas destinam-se, principalmente, a autorizar certas condutas da ofendida, ou restituir-lhe direitos de que fora arbitrariamente despojada pelo agressor."* [1]

Vê-se, portanto, que as medidas protetivas de urgência tem por finalidade precípua limitar direitos do agressor em prol da ofendida e, portanto, a relativização do direito do agravante de ir e vir não tem o condão de revogar a cautelar aplicada em seu desfavor.

Os direitos em testilha têm como característica a limitabilidade, significando que:

> *"Os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex: direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com sua mínima restrição."* [2]

Esse é o caso dos autos em que a liberdade/integridade da ofendida estão em confronto com o direito de ir e vir do agravante-agressor exigindo do julgador a aplicação da denominada técnica de ponderação de interesses/princípio da concordância prática ou harmonização, para solucionar o confronto de dois ou mais direitos fundamentais de suma importância preponderando-se aquele cuja necessidade de proteção se mostra latente.

Evidencia-se, outrossim, que a medida protetiva é deferida com base nas declarações da ofendida, pois sem estas resta inviável até mesmo a instauração do competente inquérito policial para averiguação da veracidade dos fatos e embasamento da futura ação penal.

Nessa esteira, descabida a pretensão de revogação da medida protetiva nos moldes requeridos pelo agravante.

Por outro lado, é certo que no procedimento cautelar é prevista a contestação para oportunizar ao ora agravante o direito de contrariar os fatos alegados pela agravada e, até mesmo, demonstrar de plano o não cabimento dos mesmos.

No ponto, hei por bem refutar a alegação defensiva, no sentido de que o *decisum* impugnado seria nulo por falta de fundamentação quanto à recusa ao exame da contestação apresentada. Isso porque, o julgador *a quo* expendeu motivação clara a respeito da impossibilidade de apreciação da peça contestatória.

Não obstante tal circunstância é certo que a decisão questionada merece reparo.

Matéria de semelhante natureza já foi objeto de apreciação por esta relatoria, nos autos da APELAÇÃO n. 2008.030457-9, julgada aos 04 de maio de 2009, no qual se assentou:

> *"Pretende o recorrente a nulidade da sentença, porquanto foi intimado para cumprir as medidas de proteção sem, contudo, ser citado para integrar a lide.*
>
> *É certo que alguns Tribunais têm entendido ser desnecessária a citação do réu na concessão de medidas protetivas de urgência* [3]*, com fulcro no art. 19, § 1º, da Lei n. 11.340/06, o qual determina que "as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado".*

1 PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 86.

2 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*, 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 672.

3 TJDF, Ap 2007.01.5.014299-0, 2ª T. Crim., rel. Des. ROMÃO C. OLIVEIRA, DJ 01/10/2008; e TJCE, HC 2008.0035.0670-0/0; 2ª Câm. Crim.; rel.ª Des.ª LÚCIA MARIA DO NASCIMENTO FIÚZA BITU; DJ 15/04/2009.

No entanto, tenho que esta não é a aplicação mais correta da lei vez que ao trazer a supracitada disposição pretendeu o legislador conferir ao magistrado a possibilidade de, diante das circunstâncias graves e específicas do caso concreto, conceder ex officio as medidas necessárias à segurança da ofendida.

Entretanto, tal determinação legal não implica em dispensa das formalidades procedimentais inerentes à medida requerida, sobretudo a citação do acusado para defender-se da restrição contra si imposta.

Nessa esteira, cumpre lembrar que na "Lei Maria da Penha" "o seu art. 13 determina a aplicação subsidiária do CPC e, em se tratando de típicos procedimentos cautelares, as regras de processo civil serão largamente invocadas para disciplinar a matéria" [4].

Sobre o assunto é esclarecedora a lição doutrinária:

"no tocante às medidas protetivas elencadas na Lei 11.340/06, embora podendo ter um caráter híbrido – penal e civil – elas apresentam-se como medidas que, em nossa tradição, estiveram predominantemente atreladas a processos civis (..)

Acatada esta compreensão, insta concluir que o deferimento das medidas protetivas elencadas nos arts. 22 a 24 da LMP, contempla os mesmos pressupostos das medidas cautelares do processo civil, ou seja, podem ser deferidas inaudita altera pars ou após audiência de justificação e não prescindem da prova do fumus boni juris e do periculum in mora.

Quanto ao ajuizamento da medida principal no prazo de trinta dias, refere-se obviamente à ação cível relativa à medida cautelar deferida, já que esta não deve ter caráter definitivo e indefinido. Assim, se o juiz determinou o afastamento do agressor do lar, mas este lar é comum, o agressor restaria despojado de seu patrimônio caso esta medida se tornasse definitiva, razão pela qual será válida até que ultimada a partilha do bem, postulada em ação própria dentro do interstício de trinta dias. (...)

Daí por que algumas medidas com nítido caráter civil, porque concernem precipuamente à privação do uso de bens materiais, como a casa de moradia, estabelecimento de trabalho ou à vedação de negócios, terão sua validade condicionada ao ajuizamento da ação civil principal, no prazo de trinta dias, sob pena de a medida cautelar perder sua eficácia (art. 807 do CPC).(...)

Sustenta-se que, sendo regra a obrigação de ouvir a parte contrária antes do deferimento das medidas cautelares (art. 797 do CPC), nada impede que, em audiência de justificação, quando isso não representasse risco à eficácia da medida postulada, até mesmo o agressor seja notificado a comparecer, acompanhado de advogado, para decisão sobre as medidas protetivas, ocasião em que o processo conflitivo pode até converter-se em consensual." [5]

Destarte, evidenciado que as garantias de proteção possuem natureza cautelar é indene de dúvidas que as mesmas regem-se pelo disposto no art. 796 e seguintes do Código de Processo Civil.

Assim, tenho que o magistrado singelo violou a sistemática processual ao aplicar, em caráter definitivo, o afastamento do lar ao recorrente sem a observância de tais disposições, sobretudo sem determinar a citação do réu.

4 PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 86.

5 PORTO, Pedro Rui da Fontoura, *Op. cit*., p. 87/90.

O art. 802, do mesmo diploma legal, prevê expressamente que "o requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir" (Destaques não originais).

Logo, inquestionável que o recorrente deveria ser citado para contestar a demanda contra si instaurada.

Nesse sentido, oportuna o seguinte esclarecimento:

"Ora, se própria lei de violência doméstica ressalva a aplicação do CPC ao processamento das medidas protetivas, e sendo o contraditório e a ampla defesa corolários da aplicação do artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF/88, cuja implementação, dentro do devido processo legal, se faz, sobretudo, com a possibilidade de resposta e produção probatória do réu, motivo algum há para se negar o pleno cabimento de uma citação e uma instrução no caso das medidas protetivas, como consectário lógico da seqüência de atos após o deferimento, ou não da medida liminar, mormente tendo em conta a espécie de algumas medidas, como v. g., a fixação de alimentos que podem se tornar irreversíveis e ostentam natureza satisfativa, empiricamente falando, no plano do direito material"[6]

E conclui:

"parece-me axiomático que tem de ser aplicável às medidas protetivas a disciplina do processo cautelar após a fase inicial e específica prevista na lei de violência doméstica. Em termos práticos, deferida ou não a medida liminarmente, deve ser o réu citado para responder, na forma do artigo 802, do CPC.

À citação deve seguir-se, contestação, e, se for o caso, instrução, sendo o feito sentenciado ao fim. Tal concepção reflete a imperativa necessidade de que seja resguardado o direito de defesa e de contraditório." [7]

Portanto, não resta outro caminho a trilhar a não ser anular a sentença vergastada em razão do cerceamento de defesa ocasionado ao recorrente."

(Destaque original).

Assim, evidenciado, como *in casu*, que o julgador singelo pretende emprestar à medida cautelar *sub examine* rito diverso daquele previsto em lei, por certo que restam violados os princípios do contraditório e da ampla defesa, não se admitindo que providências de tamanha gravidade possam ser estabelecidas sem a possibilidade de, no mínimo, serem contestadas.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao **AGRAVO DE INSTRUMENTO** manejado por M. O. F., para determinar à instância singela que observe o procedimento previsto para o processamento da medida cautelar requerida, nos termos do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO DO JULGAMENTO ADIADA PARA A PROXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 2º VOGAL (DES. RUY CELSO BARBOSA FLORENCE), APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO . O 1º VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 29.7.2013):

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (2º Vogal).

6 MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Lei de Violência Doméstica, constitucionalização hermenêutica e aplicação do CPC, obtida via internet, www.ambito-juridico.com.br, 27/04/2009, 16h40min.

7 *Idem, ibidem*.

Relembrando, M. O. F., por intermédio da Defensoria Pública Estadual, interpôs agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da Segunda Vara da Violência Doméstica e Familiar da comarca de Campo Grande, nos autos da medida protetiva n. 0003580-74.2013.8.12.0001.

Alega em resumo que mantinha relacionamento afetivo com a agravada, a qual registrou boletim de ocorrência imputando-lhe delito perpetrado em situação de violência doméstica e, com base em tal registro, formulou pedido de medida protetiva de urgência, autuado sob n. 0003580-74.2013.8.12.0001 e distribuído à 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra Mulher da comarca de Campo Grande.

Aduz que o Juiz de Direito titular da referida Vara proferiu decisão fixando medidas protetivas de urgência destinadas a afastá-lo do lar e própria da ofendida, exclusivamente com base nas palavras daquela, decisão que foi revogada mediante decisão monocrática proferida pelo e. Des. Carlos Eduardo Contar nos autos do Agravo de Instrumento n. 4003003-31.2013.8.12.0000, anteriormente interposto.

Assevera que, ato seguinte, apresentou defesa sob a forma de contestação, cujo teor o magistrado negou-se a examinar sem explicitar o motivo, embora devesse seguir o rito das ações cautelares previsto no Código de Processo Civil, tendo ainda, na mesma decisão, modificado a medida protetiva para reduzir o distanciamento da residência da vítima, ocorrendo flagrante ofensa a princípio do devido processo legal.

Pediu o provimento do recurso a fim de revogar a decisão proferida pelo julgador, determinando-lhe que receba a contestação e que obedeça ao rito previsto no Código de Processo Civil.

O e. Des. Carlos Eduardo Contar deu provimento ao recurso a fim de *"determinar à instância singela que observe o procedimento previsto para o processamento da medida cautelar requerida, nos termos do Código de Processo Civil"*.

Pedi vista e vou divergir.

Um breve histórico sobre a "Lei Maria da Penha".

No dia 07 de agosto de 2006 foi publicada a Lei 11.340 criando mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispondo sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelecendo medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A lei significou uma grande conquista dos movimentos feministas em busca da erradicação, prevenção e punição da violência contra a mulher.

A norma passou a ser conhecida "Lei Maria da Penha", em razão de denúncia encaminhada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela senhora Maria da Penha Maia Fernandes, via Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), alegando tolerância da República Federativa do Brasil para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia, o qual perpetrou duas tentativas de homicídio contra aquela, das quais resultaram paraplegia irreversível e outras enfermidades desde 1983. Reclamou-se da tolerância do Estado, por não haver efetivamente tomado por mais de 15 anos as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias efetuadas.

Em virtude de tal provocação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou, em 16.04.2001, o Relatório 54/2001, reconhecendo no caso concreto a violação de artigos alusivos a Direitos Humanos e, diante da constatação de que não se tratava de hipótese isolada, reiterou as seguintes recomendações:

> *"1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.*
>
> *2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.*
>
> *3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.*
>
> *4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:*
>
> *a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;*
>
> ***b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo**;*
>
> ***c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera**;*
>
> *d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.*
>
> *e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.*
>
> *5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana." (destaquei).*

A partir desse relatório, organizações não governamentais se reuniram com a finalidade de elaborar um anteprojeto de lei para combater à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em março de 2004, tal anteprojeto foi apresentado à Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República – SPM, que instituiu Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar um Projeto

de Lei versando sobre mecanismos de combate e prevenção à violência doméstica contra as mulheres (Decreto 5.030, de 31 de março de 2004).

Após consultar representantes da sociedade civil, operadores do direito e servidores da segurança pública e demais representantes de entidades envolvidas na temática, por meio de debates e seminários, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei sob o nº 4.559/2004. Na Câmara dos Deputados o projeto original foi alterado por meio de resultado de amplo debate, através de audiências públicas realizadas em todo o país.

O substitutivo foi aprovado nas duas casas legislativas e culminou na Lei 11.340, sancionada pelo Presidente da República e publicada em 7 de agosto de 2006, denominada "Lei Maria da Penha", cuja exposição de motivos, no que interessa ao caso em tela, estabelece o seguinte:

> *"Em abril de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, órgão responsável pelo recebimento de denúncias de violação aos direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Convenção de Belém do Pará, atendendo denúncia do Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), publicou o Relatório nº 54, o qual estabeleceu recomendações ao Estado Brasileiro no caso Maria da Penha Maia Fernandes. A Comissão concluiu que o Estado Brasileiro não cumpriu o previsto no artigo 7º da Convenção de Belém do Pará e nos artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Recomendou o prosseguimento e intensificação do processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra a mulher no Brasil e, em especial recomendou "**simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo"** e **"o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera".***
>
> *11. Ao longo dos últimos anos, a visibilidade da violência doméstica vem ultrapassando o espaço privado e adquirindo dimensões públicas. Pesquisa da Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar - PNAD do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, no final da década de 1980, constatou que 63% das agressões físicas contra as mulheres acontecem nos espaços domésticos e são praticadas por pessoas com relações pessoais e afetivas com as vítimas. A Fundação Perseu Abramo, em pesquisa realizada em 2001, por meio do Núcleo de Opinião Pública, investigou mulheres sobre diversos temas envolvendo a condição da mulher, conforme transcrito abaixo:*
>
> *A projeção da taxa de espancamento (11%) para o universo investigado (61,5 milhões) indica que pelo menos 6,8 milhões, dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas ao menos uma vez. Considerando-se que entre as que admitiram ter sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período dos 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país (ou em 2001, pois não se sabe se estariam aumentando ou diminuindo), 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minuto – uma a cada 15 segundos.*
>
> *12. É contra as relações desiguais que se impõem os direitos humanos das mulheres. O respeito à igualdade está a exigir, portanto, uma lei específica que dê proteção e dignidade às mulheres vítimas de violência doméstica. Não haverá democracia efetiva e igualdade real enquanto o problema da violência doméstica não for devidamente considerado. Os direitos à vida, à saúde e à integridade física das mulheres são violados quando um membro da família tira vantagem de sua força física ou posição de autoridade para infligir maus tratos físicos, sexuais, morais e psicológicos.*

13. A violência doméstica fornece as bases para que se estruturem outras formas de violência, produzindo experiências de brutalidades na infância e na adolescência, geradoras de condutas violentas e desvios psíquicos graves.

14. As disposições preliminares da proposta apresentada reproduzem as regras oriundas das convenções internacionais e visa propiciar às mulheres de todas as regiões do País a cientificação categórica e plena de seus direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, a fim de dotá-la de maior cidadania e conscientização dos reconhecidos recursos para agir e se posicionar, no âmbito familiar e na sociedade, o que, decerto, irá repercutir, positivamente, no campo social e político, ante ao factível equilíbrio nas relações pai, mãe e filhos.

(...)

***28. Os artigos 22 a 25 da presente proposta pretendem garantir às mulheres o acesso direto ao juiz, quando em situação de violência e uma celeridade de resposta à necessidade imediata de proteção**.*

29. O Projeto reúne medidas cautelares em relação ao agressor, possibilitando ao juiz não só exigir o seu afastamento do lar, mas, também, o seu encaminhamento a programa de acompanhamento psicossocial. Além disso, prevê a proibição de aproximação ou comunicação do agressor com a vítima, com testemunhas e familiares, a restrição de visitas aos dependentes menores e a prestação de alimentos provisionais.

30. O artigo 27 inova ao propor o encaminhamento das mulheres e seus dependentes, em situação de violência, a programas e serviços de proteção às mulheres, resguardando seus direitos relativos aos bens e a guarda dos filhos. Imputa ao agressor a responsabilidade econômica pela provisão alimentar e determina a recondução da mulher e seus dependentes, ao domicílio, após o afastamento do agressor.

*31. **As medidas cautelares previstas no artigo 28 de natureza patrimonial**, possibilitam a revogação das procurações conferidas pela mulher ao agressor, a garantia do ressarcimento de bens e a indenização pelos danos e prejuízos causados. **Nestes últimos casos são medidas do processo civil**, cumuladas no processo penal. **Visam à execução dos pronunciamentos de natureza civil**, ou seja, a restituição de bens determinados e a indenização pelos danos e prejuízo sofridos.*

32. Todos estes procedimentos se aplicam tanto às varas comuns como aos Juizados Especiais. A Constituição estabelece, como forma de atendimento no âmbito do Judiciário, as varas comuns e os Juizados Especiais, conforme previsto em seu artigo 98, inciso I.

33. O Juizado Especial Criminal a partir de sua previsão constitucional no art.98, foi criado para julgar as ações penais não superiores há dois anos, mediante procedimento sumaríssimo e com possibilidade de transação penal.

34. Os números mostram que, hoje, 70% dos casos julgados nos Juizados Especiais Criminais são de violência doméstica. A Lei 9.099/95, não tendo sido criada com o objetivo de atender a estes casos, não apresenta solução adequada uma vez que os mecanismos utilizados para averiguação e julgamento dos casos são restritos.

35. A Justiça Comum e a legislação anterior também não apresentaram soluções para as medidas punitivas nem para as preventivas ou de proteção integral às mulheres. Examinando-se o modo pelo qual a violência doméstica era tratada pela Justiça Comum, a pesquisa de Carrara, Vianna e Enne realizada no Rio de Janeiro de 1991/1995, "mostra que a Justiça condena apenas 6% dos casos de lesão corporal contra as mulheres, enviados

pelas Delegacias da Mulher para a Central de Investigações, encarregada da distribuição às Varas Criminais."

36. O presente Projeto propõe inovações específicas para os Juizados Especiais Criminais. As inovações gerais propostas, como a previsão dos procedimentos dos Capítulos do Ministério Público, Assistência Judiciária, Equipe de Atendimento Multidisciplinar e Medidas Cautelares, aplica-se em todos os Juizados e Varas.

37. O atual procedimento inverte o ônus da prova, não escuta as vítimas, recria estereótipos, não previne novas violências e não contribui para a transformação das relações hierárquicas de gênero. Não possibilita vislumbrar, portanto, nenhuma solução social para a vítima. A política criminal produz uma sensação generalizada de injustiça, por parte das vítimas, e de impunidade, por parte dos agressores.

38. Nos Juizados Especiais Criminais, o juiz, ao tomar conhecimento do fato criminoso, designa audiência de conciliação para acordo e encerramento do processo. Estas audiências geralmente são conduzidas por conciliadores, estudantes de direito, que não detêm a experiência, teórica ou prática, na aplicabilidade do Direito. Tal fato pode conduzir a avaliação dos episódios de violência doméstica como eventos únicos, quando de fato são repetidos, crônicos e acompanhados de contínuas ameaças.

39. A conciliação é um dos maiores problemas dos Juizados Especiais Criminais, visto que é a decisão terminativa do conflito, na maioria das vezes induzida pelo conciliador. A conciliação com renúncia de direito de representação geralmente é a regra.

40. Caso não haja acordo, o Ministério Público propõe a transação penal ao agressor para que cumpra as condições equivalentes à pena alternativa para encerrar o processo (pena restritiva de direitos ou multa). Não sendo possível a transação, o Ministério Público oferece denúncia e o processo segue o rito comum de julgamento para a condenação ou absolvição. Cabe ressaltar que não há escuta da vítima e ela não opina sobre a transação penal.

41. A presente proposta mantém a celeridade do previsto na Lei 9.099/95, mas altera o procedimento do Juizado Especial Criminal em razão da especificidade dos casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

42. Prevê, a criação de audiência de apresentação para permitir que a vítima seja ouvida primeiro pelo juiz, em separado do agressor, e ainda que a audiência se balize pelo princípio da mediação, não podendo a mulher ser, em nenhuma hipótese, forçada à conciliação. Esta audiência deverá ser conduzida por juiz ou mediador, devendo este último ser profissional do direito, devidamente habilitado no Curso de Ciências Jurídicas e capacitado em questões de gênero.

43. A presente proposta garante, também, que a vítima esteja acompanhada por advogado na audiência, visto que a Lei 9.099/95, em seu artigo 68, concede esta prerrogativa apenas ao agressor.

44. O Projeto propõe, outrossim, alteração na Audiência de Instrução e Julgamento retirando a realização da transação penal da primeira audiência e postergando esta possibilidade para a segunda audiência. O objetivo é disponibilizar ao juiz outras ferramentas mais adequadas e eficazes para solucionar a questão, como por exemplo, o encaminhamento das partes à equipe de atendimento multidisciplinar, realização de exames periciais e providências cautelares.

> *45. O Projeto proíbe a aplicação de penas restritivas de direito de prestação pecuniária, cesta básica e multa, pois, atualmente, este tipo de pena é comumente aplicado nos Juizados Especiais Criminais em prejuízo da vítima e de sua família.*
>
> *46. As disposições finais deste Projeto estabelecem que esta Lei se aplique nas Varas Cíveis e Criminais e nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.*
>
> *47. Como objetivo mediato, propõe a criação de Varas e Juizados Especiais da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e penal, reconhecendo que a melhor estrutura judiciária, para o atendimento à mulher em situação de violência, será a criação destas Varas e Juizados Especiais.*
>
> *48. As atuais Varas, por não terem um atendimento urgente e global, tem colocado a mulher e sua família em situação de risco. Além das medidas penais a serem impostas, há medidas cíveis a serem julgadas. Com a criação das Varas com competência cível e penal, será outorgada ao juiz maior competência para julgar estas causas e facilitado as mulheres o acesso à justiça e a solução dos conflitos." (destaquei).*

O retrospecto histórico alhures exposto foi necessário para situar a matéria e revelar a respectiva importância para fins de fixação de jurisprudência, que sabidamente constitui importantíssimo e autorizado elemento de hermenêutica.

Análise do caso concreto.

Cuida-se, na hipótese, de agravo de instrumento, interposto com arrimo no artigo 522 e seguintes do Código de Processo Civil, porquanto, segundo a tese esposada nas razões recursais, o caso envolve "**MATÉRIA EVIDENTEMENTE CÍVEL**" (f. 04), o que, na sua ótica, autoriza a aplicação do procedimento recursal previsto no Código de Processo Civil.

Contudo, percebe-se que o esforço argumentativo constante das razões recursais, buscando atribuir contornos cíveis ao caso, contrasta com o fato de que o conflito de interesses em debate em primeira instância tem por origem suposta contravenção penal de vias de fato perpetrada pelo agravante, tipificada no artigo 21 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, constituindo, pois, infração penal, nos termos do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal.

Assim, o incidente instaurado em primeira instância, com a finalidade de impor medidas protetivas de urgência, refere-se a um fato de natureza penal, que será objeto de ulterior persecução igualmente penal.

O próprio recorrente afirma que as medidas protetivas nada mais são do que providências judiciais com vistas a garantir a integridade física ou psíquica da vítima em situação de violência doméstica e que *"no mais das vezes, as medidas se fazem necessárias porque foi a mulher vítima de delito"*. A despeito disso, entende que o conflito de interesses tem natureza cível, pois, na sua ótica, o Direito Penal estaria reservado a impor ou proibir condutas sob ameaça de sanção. Olvida-se, entretanto, que o Direito Penal também se destina a regular conflito de interesses, tutelando, entretanto, os bens mais importantes dos membros da sociedade.

Nesse sentido é a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

> *"Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais*

> *rupturas produzidas pela desinteligência dos homens." (Tratado de direito penal: parte geral, 1 – São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo I).*

A menção à reintegração de posse com o intuito de justificar a tese esposada constitui mais um erro exegético cometido pelo nobre Defensor Público, pois silencia acerca da existência de outras medidas cautelares de cunho penal, diversas da prisão preventiva, que são destinadas a assegurar o resultado prático do processo penal, previstas no artigo 319 do Código de Processo Civil. Aliás, o inciso III do referido dispositivo, acrescentado pela Lei 12.403/2011, tem redação análoga àquela prevista na "Lei Maria da Penha", destinada a distanciar o ofensor da vítima.

Aproveita-se o recorrente do fato de a "Lei Maria da Penha" possuir natureza híbrida, conforme se retira de seus artigos 13 e 14, para tentar inovar a ordem utilizando um recurso cível para combater decisão de cunho criminal.

No entanto, conforme adverte o Desembargador Antônio Carlos Cruvinel **"(...) que em uma lei híbrida, que disciplina várias matérias, o que determina a sua natureza é o que ela está a disciplinar no momento. Se está a disciplinar medidas protetivas da família, trata-se, evidentemente, de matéria cível, se está a disciplinar questão criminal, evidentemente, a competência é de câmara criminal."** (TJMG – Corte Superior – CC n. 1.0701.08.229705-5/002 j. 10.12.2008).

Seguindo essa compreensão e observando também o disposto na exposição de motivos da "Lei Maria da Penha", considero que a justiça cível deve reservar-se às medidas cautelares previstas no artigo 24 daquela lei, por envolverem questões patrimoniais. Por outro lado, tratando-se de medida destinada a afastar o agressor do lar, proibi-lo de se aproximar da ofendida ou de frequentar determinados lugares, em razão de precedente infração penal, a medida ostentará contornos penais, inclusive porque atentará contra o direito de locomoção do ofensor.

O próprio e. Relator menciona escólio de Pedro Rui da Fontoura Porto que reafirma tal cognição, senão veja-se:

> *"o legislador distinguiu as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (art. 22) das medidas protetivas de urgência à ofendida (arts. 23 e 24), enquanto aquelas são direcionadas ao agressor, limitando em vários aspectos sua liberdade, estas destinam-se, principalmente, a autorizar certas condutas da ofendida, ou restituir-lhe direitos de que fora arbitrariamente despojada pelo agressor"* (Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 86).

Assim, cuidando-se de incidente criminal, no bojo do qual o juízo proferiu decisão destinada a afastar o ofensor da vítima, a via correta para impugnar referida decisão seria a apelação criminal, de acordo com artigo 593, inciso II, do Código de Processo Penal, afigurando-se inadequado o manejo do agravo de instrumento, por falta de previsão legal.

Por conseguinte, padece o presente recurso, portanto, de pressuposto recursal objetivo, por ofensa ao princípio da taxatividade recursal.

Nesse sentido há dois precedentes oriundos da 1ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, relacionados a casos idênticos, cujas ementas foram lavradas sob os seguintes termos:

> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO NA ESFERA CRIMINAL POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE ESCORREITO – CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO RECURSAL OBJETIVO – AGRAVO IMPROVIDO.*

Ao agravo de instrumento interposto na esfera criminal falta pressuposto recursal objetivo, pois a legislação processual penal não o contempla entre seus recursos, sendo impositivo o seu não conhecimento. Tal providência assegura o princípio constitucional do devido processo legal, sem, no entanto, ofender os não menos importantes princípios da inafastabilidade jurisdicional e do duplo grau de jurisdição, na medida em que ainda é possível à agravante pleitear os seus direitos pela via cabível e adequada. Agravo regimental a que se nega provimento." (TJMS – 1ª Câmara Criminal - Agravo Regimental n. 0026407-19.2012.8.12.0000, Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa, j. 26/11/2012).

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO NA ESFERA CRIMINAL POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE ESCORREITO – CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO RECURSAL OBJETIVO – AGRAVO IMPROVIDO. Ao agravo de instrumento interposto na esfera criminal falta pressuposto recursal objetivo, pois a legislação processual penal não o contempla entre seus recursos, sendo impositivo o seu não conhecimento. Tal providência assegura o princípio constitucional do devido processo legal, sem, no entanto, ofender os não menos importantes princípios da inafastabilidade jurisdicional e do duplo grau de jurisdição, na medida em que ainda é possível à agravante pleitear os seus direitos pela via cabível e adequada. Agravo regimental a que se nega provimento." (TJMS – 1ª Câmara Criminal - Agravo Regimental n. 0025033-65.2012.8.12.0000, Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa, j. 21/05/2012).

No mesmo rumo menciono os seguintes julgados de outros Tribunais de Justiça:

*"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MATÉRIA CRIMINAL. LEI MARIA DA PENHA. DEFERIMENTO E POSTERIOR REVOGAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. MATÉRIA DE NATUREZA CRIMINAL. IMPUGNAÇAO DA DECISAO QUE REVOGOU MEDIDA PROTETIVA MEDIANTE RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INADEQUAÇÃO DA VIA RECURSAL ELEITA. EM MATÉRIA CRIMINAL, A INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO SOMENTE TEM LUGAR NOS CASOS DE INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO, CONTRA DECISÕES DO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAIS E NAS HIPÓTESES DE AGRAVO REGIMENTAL. NO PRESENTE CASO, TENDO EM VISTA QUE OS AGRAVADOS FORAM ALVEJADOS POR DECISAO DE NATUREZA CRIMINAL, QUE UMA VEZ REVOGADA, EXPÔS-SE A APELAÇAO CRIMINAL, ANTE A NAO PREVISAO LEGAL DE RECURSO PRÓPRIO. I**NTELIGÊNCIA DO ART. 593, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**. FUNGIBILIDADE. LEI MARIA DA PENHA. ART. 593, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL."* (860332009 BA 0008603-3/2009, Relator: ABELARDO VIRGINIO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 05/10/2010, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL).

*"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. ART. 22, III, A E B, DA LEI N. 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA). RECURSO INADEQUADO DIANTE DA NATUREZA CRIMINAL DAS REFERIDAS MEDIDAS. **APELAÇÃO CRIMINAL QUE SE MOSTRA APROPRIADA, A TEOR DO ART. 593, II, DO CPP**. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO.11.340 LEI MARIA DA PENHA593IICPP. Embora não haja má-fé por parte do ora recorrente, inaplicável no caso o princípio da fungibilidade recursal (art. 579 do CPP), pois além de o trâmite do recurso de Agravo de Instrumento e da Apelação Criminal serem manifestamente distintos, constata-se que o presente recurso foi interposto [...], fora, portanto, do prazo legal de 05 (cinco) dias previsto para a interposição do recurso de Apelação (art. 593, caput, do CPP), [...]".* (TJPR, AI de n. 477.610-3 de Irati, rel. Juiz Convocado Mário Helton Jorge, j. 04/09/08). (252709 SC 2009.025270-9, Relator: Marli Mosimann Vargas, Data de Julgamento: 29/10/2009, Primeira Câmara Criminal).

Sequer sob o prisma do princípio da fungibilidade seria possível admitir o recurso, pois inexiste dúvida no sentido da inadequação da utilização de agravo de instrumento, previsto no Código de Processo Civil, para combater decisão de natureza penal.

Uma vez, entretanto, que o caso envolve medida acautelatória fixada em incidente criminal, é possível receber o recurso como *habeas corpus* substitutivo, a fim de apurar eventual constrangimento ilegal causado ao paciente.

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento interposto por **M. O. F.**, recebendo-o como *habeas corpus* substitutivo.

Mérito do *habeas corpus* substitutivo.

In casu, sustenta-se ilegalidade porquanto o magistrado *a quo* deferiu medidas protetivas de urgência nos autos n. 0003580-74.2013.8.12.0001 com base nas declarações da vítima, não aplicou ao caso o rito das ações cautelares previsto no CPC, circunstância que supostamente implica ofensa ao devido processo legal, cujos consectários são os princípios da ampla defesa e contraditório, e porque, subsequentemente, deixou de analisar a defesa apresentada sob forma de contestação, inclusive sem explicitar os motivos.

Conforme bem explorado pelo e. Relator, não há óbice ao deferimento de medida protetiva com base nas declarações da ofendida e, ao contrário do que alega o paciente, o julgador *a quo* expendeu motivação a respeito da impossibilidade de apreciação da peça contestatória.

A controvérsia reside na definição do rito aplicável às medidas protetivas de urgência, que não se acha expressamente previsto na Lei n. 11.343/2006 e à necessidade de receber e apreciar a contestação.

Consoante exposto alhures, cuida-se na origem de incidente criminal, no bojo do qual o juízo proferiu decisão destinada a afastar o ofensor da vítima. Não se trata, pois, de "ação cautelar de natureza civil", como alega a impetração.

Segundo a exegese adotada pelo e. Relator, o deferimento das medidas protetivas elencadas nos artigos 22 a 24 da "Lei Maria da Penha" contempla os mesmos pressupostos das medidas cautelares do processo civil, de modo que as mesmas regem-se pelo disposto no artigo 796 e seguintes do Código de Processo Civil, inclusive no tocante à necessidade de citação, de facultar a contestação e de ajuizar a ação principal (civil) no prazo de 30 dias, sob pena de ineficácia da medida (CPC, artigo 807). Tudo isso para resguardar-se o contraditório e a ampla defesa. Assenta ainda que a regra é "*ouvir a parte contrária antes do deferimento das medidas cautelares (art. 797 do CPC)"*, pois, segundo entende, *"nada impede que, em audiência de justificação, quando isso não representasse risco à eficácia da medida postulada, (...) o processo conflitivo pode até converter-se em consensual"*.

Com o devido respeito, a solução preconizada no r. voto contrapõe-se frontalmente à recomendação dirigida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à República Federativa do Brasil e às considerações constantes da exposição de motivos da "Lei Maria da Penha", que pontuam a necessidade de *"simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo"*.

Sob o argumento de que há a necessidade de resguardar o direito de defesa do suposto agressor está se impondo ao juiz de primeiro grau um rito extremamente formal, ultrapassado e que sequer condiz com a concepção moderna do processo civil, centrada nas *"tutelas de urgência"*. A propósito, as medidas cautelares passaram a ser tratadas como *"tutela de urgência cautelar e satisfativa"* no atual anteprojeto do novo Código de Processo Civil, em tramitação no Senado Federal, que modificou completamente o rito

processual, abandonando-se, por exemplo, a necessidade do ajuizamento da ação principal caso não haja impugnação da medida deferida em caráter liminar (artigo 288, §2º). Aliás, no anteprojeto não se cogita a necessidade de audiência de justificação.

Segundo expôs o e. Relator, em audiência de justificação o processo conflitivo pode até converter-se em consensual. Contudo, foi exatamente isso o que o legislador pretendeu evitar ao criar a Lei Maria da Penha, pois, conforme consta na exposição de Motivos da Lei Maria da Penha, a conciliação seria um dos maiores problemas dos Juizados Especiais, porquanto impõe decisão terminativa do conflito, na maioria das vezes induzida pelo conciliador, e pode conduzir à avaliação dos episódios de violência doméstica como eventos únicos, quando são repetidos, crônicos e acompanhados de contínuas ameaças.

A preocupação manifestada com a necessidade de resguardar o contraditório e a ampla defesa não tem sentido.

Ora, o ofensor não está impedido de, a qualquer tempo, exercer o direito de defesa via simples pedido de retratação ou revogação da medida ao juiz de primeira instância. Em caso de indeferimento, abre-se a via do *habeas corpus* ou até do até do mandado de segurança cível ou criminal, dependendo da natureza da medida imposta. Afora isso, é possível impugnar a decisão via apelação criminal, de acordo com artigo 593, inciso II, do Código de Processo Penal.

A solução acima é até mais favorável ao ofensor, pois a defesa não ficaria adstrita ao prazo preclusivo da contestação, que no rito das ações cautelares previsto no CPC é de cinco dias (artigo 802). Deveras, impondo-se o rito das ações cautelares, estar-se-á limitando o exercício de defesa ao quinquídio previsto no referido dispositivo legal.

Igualmente não é necessário preocupar-se com o prazo de duração da medida, pois inexiste a hipótese de definitividade. Conforme já decidido por esta e. 2ª Câmara Criminal *"as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha visam a proteger direitos da vítima, tanto à vida, à segurança, à integridade física, mental e moral, à liberdade, quanto patrimonial, dentre outros, em caráter cautelar. Assim, o tempo de duração imbrica-se com a respectiva necessidade. Ou seja, deverão ser revogadas, tão logo sejam desnecessárias"* (*HC* 4004166-46.2013.8.12.0000 – minha relatoria – j. 27.03.2013). Ademais, as medidas protetivas sofrem influência dos rumos do processo penal. Nesse sentido transcrevo julgado da 1ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – EXTINÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DE URGÊNCIA - PROCESSOS PRINCIPAIS ARQUIVADOS – DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. É cediço que as medidas cautelares de urgência tem caráter provisório, visando assegurar a efetiva proteção que a Lei promete à mulher.* ***Embora a Lei n. 11.340/06 não fixe prazos, as medidas protetivas só podem perdurar enquanto houver ação penal em curso****. No caso, houve a extinção da punibilidade do agente nas duas ações principais, não havendo razão de subsistir as medidas cautelares. Incidência do Enunciado n. 12 do FONAVID: 'Em caso de absolvição do réu ou de extinção da punibilidade do agressor, cessará o interesse de agir em sede de medidas protetivas de urgência'."* (TJMS – 1ª Câmara Criminal – AC n. 0014931-54.2007.8.12.0001 - Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos – j. 29/03/2012).

Conforme o teor do enunciado n. 12 do FONAVID, reproduzido na ementa acima,***"em caso de absolvição do réu ou de extinção da punibilidade do agressor, cessará o interesse de agir em sede de medidas protetivas de urgência"***.

A solução preconizada pelo e. Relator trará gravíssimas repercussões negativas ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos próprios envolvidos.

Conforme dados obtidos junto ao Sistema de Automação do Judiciário, hodiernamente tramitam nas duas Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Campo Grande 7498 processos, incluindo os suspensos provisoriamente. Destes, 444 referem-se às medidas protetivas de urgência. A reduzida quantidade de medidas protetivas justifica-se exatamente pela rápida tramitação de tais incidentes, que são arquivados sem demora. Aliás, todas as medidas em tramitação referem-se aos anos de 2012 e 2013.

Acaso se acolha a orientação transmitida pelo e. Relator, em todas as medidas protetivas de urgência será necessário formalizar a citação, exigindo a expedição e cumprimento do respectivo mandado, com a mobilização de servidores para tal finalidade. Ademais, será imprescindível facultar a apresentação de contestação, o que implicará a necessidade de oportunizar a impugnação à contestação, obrigando a vítima a procurar assistência jurídica, muito provavelmente junto à Defensoria Pública. Ao defensor da ofendida incumbirá a obrigação de comparecer à audiência de instrução (que sobrecarregará as pautas das varas), apresentar alegações finais, eventualmente recorrer e, além de tudo isso, propor a ação principal a que se refere o artigo 806 do Código de Processo Civil, quando concedida a medida protetiva, sob pena de impor-se a ineficácia. Em todos os atos, será exigida a presença do Ministério Público.

A ação principal será de natureza cível. Contudo, nos casos como o presente, em que envolve mero afastamento da vítima em razão de agressão perpetrada em ambiente doméstico, é difícil imaginar qual será o objeto ou o pedido deduzido na ação cível principal. Aliás, cada medida protetiva exigirá uma ação cível, a qual também exigirá nova necessidade de citação, instrução, sentença, recursos etc. Enfim, será duplicado o número de ações e multiplicado os atos processuais necessários ao desfecho dos processos.

Não se deve olvidar ainda que, havendo uma ação cível, o respectivo recurso será julgado pelas Câmaras Cíveis. Inevitavelmente, entretanto, em casos como o presente haverá uma ação penal. Assim, é possível antever que poderão coexistir neste Tribunal de Justiça uma apelação cível processada em julgada pelas Câmaras Cíveis e outra apelação criminal, processada em julgada pelas Câmaras Criminais, inclusive com possibilidade de haver resultados conflitantes.

Adotando-se ainda o rito do Código de Processo Civil para as medidas protetivas de urgência, abre-se o caminho para a multiplicação dos agravos de instrumento, cuja competência para julgamento sequer está bem esclarecida.

Da mesma forma, se considerarmos "*aplicável às medidas protetivas a disciplina do processo cautelar após a fase inicial e específica prevista na lei de violência doméstica",* como sugerido no r. voto, inúmeras outras discussões de difícil solução serão criadas a partir de tal premissa, decorrentes das particularidades do processo civil, podendo-se citar, por exemplo o rigorismo exigido na observância das condições e pressupostos de procedibilidade das ações cautelares e a necessidade de se impor, ao final, a distribuição dos ônus de sucumbência, inclusive nas hipóteses em que a medida foi requerida pelo Ministério Público.

Mas a pior repercussão negativa consistirá na perda da celeridade processual com a qual atualmente são impulsionadas as medidas protetivas de urgência e as ações que envolvem a violência doméstica nesta capital. Além de jogar por terra os esforços empreendidos para buscar a rápida solução dos feitos, o mais grave resultado consistirá no provável resgate do sentimento de impunidade, suscetível de demover as vítimas da iniciativa de denunciar os agressores e de estimular a reiteração de atos de violência.

Não é preciso a tanto chegar para resguardar os direitos do acusado.

Como dito anteriormente, ao ofensor basta encaminhar pedido de reconsideração ou revogação da medida ao magistrado, como sói a ocorrer inclusive em medidas cautelares mais gravosas, tal como a prisão

preventiva. Em caso de indeferimento, abre-se a via do *habeas corpus* ou até do mandado de segurança cível ou criminal, dependendo da natureza da medida imposta. Reitere-se, ademais, a possibilidade de impugnar a decisão via apelação criminal, de acordo com artigo 593, inciso II, do Código de Processo Penal.

Vale dizer, como em tese é possível a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento injustificado da medida protetiva, é perfeitamente cabível a utilização do *habeas corpus* para combater uma decisão que a aplicou para limitar a o direito de liberdade do suposto ofensor. Como se sabe, o *habeas corpus* deve ser também conhecido e concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Logo, se a medida protetiva foi abusiva (não necessária), cabível a utilização do *habeas corpus* que visa a tutelar a liberdade física, a liberdade de locomoção do homem. Como já ensinava Pontes de Miranda, em obra clássica sobre a matéria, é uma ação preponderantemente mandamental dirigida *"contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir"* (*in* História e Prática do Habeas Corpus, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1999, p. 39).

Para Celso Ribeiro Bastos *"o habeas corpus é inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Protege esta no que ela tem de preliminar ao exercício de todos os demais direitos e liberdades. Defende-a na sua manifestação física, isto é, no direito de o indivíduo não poder sofrer constrição na sua liberdade de se locomover em razão de violência ou coação ilegal"*. (*in* Comentários à Constituição do Brasil, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 312).

É natural que, diante de um caso como o presente, busque-se invocar alguns paradigmas já consolidados para explicar, compreender e aplicar o novo. O exame de institutos afins ou semelhantes em nosso sistema é uma reação normal de apego ao conhecido em busca da compreensão do novo que se apresenta. Revisitar procedimentos vigentes, porém já ultrapassados, certamente é mais fácil do que pretender situarmos o momento em que se vive. Esse fenômeno é próprio dos períodos de transição, que tende a nos fazer olhar para o passado, ao invés de centrarmos o nosso olhar no futuro.

É preciso superar o modelo processual tradicional para compreendermos que o pedido de medida protetiva de urgência constitui apenas um instrumento destinado a assegurar o resultado útil do processo penal, que significa, **"garantir que a mulher vítima de violência doméstica fique protegida, a ponto de se evitar um mau futuro que ofenda os bens jurídicos tutelados, isto é, sua vida e sua integridade"** (*in* SENTONE, Bruno Delfino. A Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor na Lei n. 11.340/2006. *Revista Síntese*, Direito Penal e Processo Penal. Ano XI, n. 76, Out-Nov. p. 9-28, 2011). Mais do que isso, é necessário, *"simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual"*, conforme já recomendado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Assentadas tais digressões, proponho ao julgamento deste caso uma solução intermediária.

Na hipótese, reputo suficiente determinar ao magistrado *a quo* que examine a peça processual apresentada pelo ofensor como pedido de revogação da medida protetiva, sem impor a necessidade de observar o rito previsto no Código de Processo Civil. Assim, restará devidamente assegurado o exercício da ampla defesa e do contraditório, sem os inconvenientes acima explicitados.

Ante o exposto, divirjo do e. Relator para não conhecer do agravo de instrumento interposto por **M. O. F.**, recebendo-o como *habeas corpus* substitutivo. No mérito, concedo parcialmente a ordem a fim de determinar ao magistrado *a quo* que examine a peça processual defensiva por aquele, apresentada como pedido de revogação da medida protetiva, sem a necessidade de observar o rito previsto no Código de Processo Civil, assegurando, entretanto, a ampla defesa e o contraditório.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (1º Vogal).

Acompanho o 2º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, PROVERAM EM PARTE O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO 2º VOGAL, VENCIDO O RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 29 de julho de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4006338-58.2013.8.12.0000 - Pedro Gomes
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – POSSE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA EM RANCHO NA ZONA RURAL – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – INÉPCIA DA DENÚNCIA – PROVA ILÍCITA E ATIPICIDADE DA CONDUTA – ORDEM CONCEDIDA.

O flagrante delito justifica a violação do domicílio, conforme prevê a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XI, mas a violação do domicílio, sem mandado, consentimento do morador ou ciência anterior do delito não justifica o flagrante que só ocorreu após o vilipêndio de garantia fundamental constitucionalmente assegurada.

A posse de arma desmuniciada e sem acesso à munição no local dos fatos, não implementa nenhum risco de dano ou de perigo, tratando-se por isso de figura atípica , sob pena de violação aos princípios da ofensividade e da razoabilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 15 de julho de 2013.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Os advogados Roberto Saciloto e Neusa Maria Sabbadotto impetram *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Rubens Longo, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Pedro Gomes por ato praticado nos autos n. 0000204-34.2011.8.12.0039.

Esclarecem que o paciente foi denunciado com incurso nas penas do art. 12 da Lei n. 8.826/2003, porque no dia 4.3.2011 Policiais Militares juntamente com fiscais do IBAMA, realizavam uma operação às margens do Rio Taquari, vistoriando ranchos de pesqueiros e encontraram no seu rancho, Fazenda Santa Lucia, localizada na cidade de Pedro Gomes, uma arma de fogo, de uso permitido (Carabina, marca Rossi, calibre 38, especial).

Alegam que pela narrativa da denúncia, que foi recebida, fica patente que a prova produzida contra o acusado foi produzida de forma ilícita, uma vez que a busca domiciliar foi realizada sem o devido mandado judicial autorizador, violando, entre outros princípios, o devido processo legal.

Postularam pelo deferimento de liminar para que seja suspensa a ação penal até o julgamento do mérito e, ao fim, seja concedida a ordem.

A liminar foi indeferida (p. 30-31).

As informações foram prestadas (p. 35).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não conhecimento do pedido (p. 36-41).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Roberto Saciloto e Neusa Maria Sabbadotto, em favor de Rubens Longo, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Pedro Gomes por ato praticado nos autos n. 0000204-34.2011.8.12.0039.

Esclarecem que o paciente foi denunciado com incurso nas penas do art. 12 da Lei n. 8.826/2003, porque no dia 4.3.2011 Policiais Militares juntamente com fiscais do IBAMA, realizavam uma operação às margens do Rio Taquari, vistoriando ranchos de pesqueiros e encontraram no seu rancho, Fazenda Santa Lucia, localizada na cidade de Pedro Gomes, uma arma de fogo, de uso permitido (Carabina, marca Rossi, calibre 38, especial).

Alegam que pela narrativa da denúncia, que foi recebida, fica patente que a prova produzida contra o acusado ocorreu de forma ilícita, uma vez que a busca domiciliar foi realizada sem o devido mandado judicial autorizador, violando, entre outros princípios, o devido processo legal.

Postularam pelo deferimento de liminar para que seja suspensa a ação penal até o julgamento do mérito e, ao fim, seja concedida a ordem.

A liminar foi indeferida (p. 30-31).

As informações foram prestadas (p. 35).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não conhecimento do pedido (p. 36-41).

A preliminar de não conhecimento suscitada pela Procuradoria de Justiça não deve ser acolhida.

Isso porque, embora aparentemente a matéria alegada dependa de dilação probatória, os documentos que instruíram o pedido são suficientes para o julgamento do *writ*, sendo plenamente possível o controle judicial da admissibilidade da acusação penal por este remédio heróico.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal em recente decisão noticiada no informativo 709, de 3 a 7 de junho de 2013, por maioria, julgou que *"o controle judicial prévio de admissibilidade de qualquer acusação penal, mesmo em âmbito de habeas corpus, é legítimo e não ofende os princípios constitucionais do juiz natural e do monopólio da titularidade do Ministério Público em ação penal de iniciativa pública, quando a pretensão estatal estiver destituída de base empírica idônea".*

Desta forma, conheço o presente *habeas corpus*.

Inicio observando que embora o flagrante delito justifique a violação do domicílio, conforme prevê a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XI, a violação do domicílio, sem mandado, consentimento do morador ou ciência anterior do delito não justifica o flagrante que só ocorreu após o vilipêndio de garantia

fundamental constitucionalmente assegurada, restando a prova de materialidade, neste último caso, eivada de ilicitude.

A diferença parece sutil, mas só porque algumas pessoas não costumam emprestar à inviolabilidade do domicílio ou da intimidade o mesmo valor que dão ao direito à vida ou à integridade física, embora todas sejam garantias fundamentais, constitucionalmente asseguradas.

Veja-se que ninguém duvidaria da ilicitude da prova se, *in casu*, ao invés da violação da residência do recorrido, fosse dito que a arma só foi descoberta após a realização de tortura.

Pergunta-se: a flagrância não existe em ambas as situações? Sim! seria a resposta decorrente de um raciocínio lógico formal - *o crime é permanente*. Porém, da mesma forma que não se admite a tortura como prova lícita, ainda que presente a situação do art. 303 do CPP, a violação do domicílio também não pode o ser, sob pena se subverter toda a lógica das garantias constitucionais, incorrendo em verdadeiras teratologias.

Sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da preliminar da paradigmática Ação Penal n. 307-3 – DF, eloquentemente assentou que:

> *"(...) ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. (...) A prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre – pelos juízes e Tribunais, 'por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade...' (Ada Pellegrini Grinover, Novas tendências do direito processual, Forense Universitária, p. 62)'. (...) A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de conseqüência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica".* (Ação Penal 307-3, Rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ 162/03-340).

O Ministro Gilmar Mendes, recuperando as lições de Canotilho, lembra-nos que *"a vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. Em especial, os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados".* (*in* Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva 2008).

Superadas as digressões, tenho que deve sim haver o trancamento da ação penal, visto que apenas se houvesse a mínima suspeita de cometimento de crime pelo morador é que se justificaria a violação ao domicílio sem ordem judicial para a busca, o que não ocorreu na hipótese, conforme se observa da simples leitura da peça acusatória, vejamos:

> *"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 04 de março de 2011, por volta das 13h30min, na Fazenda Santa Lúcia, localizada nesta cidade, o denunciado RUBENS LONGO possuía uma arma de fogo, de uso permitido, no interior de sua residência, em desacordo com determinação legal e regulamentar.*
>
> *Segundo consta nos autos, na data dos fatos, Policiais Militares, juntamente com fiscais do IBAMA, realizavam uma operação às margens do Rio Taquari, vistoriando ranchos de pesqueiros.*
>
> *Conforme narra o caderno inquisitorial, os Policiais lograram encontrar no rancho do denunciado uma arma de fogo, tipo carabina, marca Rossi, calibre 38 especial, nº B-066687.*
>
> *O autor confessou ser proprietário de referida arma e argüiu, ainda, que possui o registro provisório da referida.*
>
> *Conforme se extrai dos autos, o registro provisório apresentado pelo denunciado (nº 2130385230629471) encontra-se vencido desde 27/01/2009, estando a arma, portanto, em desacordo com determinação legal e regulamentar.*
>
> *A materialidade e autoria dos delitos encontram-se sobejamente comprovada ante o auto de prisão em flagrante de f. 02/12, auto de apreensão de f. 37, bem como pelos depoimentos das testemunhas coligidos aos autos.*
>
> *Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL oferece denúncia em desfavor de RUBENS LONGO, como incurso nas penas do artigo 12 da Lei 10.826/2003, requerendo, após a autuação e recebimento desta, seja o denunciado citado, processado, julgado e, ao final, condenado, intimando-se as testemunhas do rol anexo para deporem em Juízo, em dia e hora a serem designados, sob as cominações legais." (p. 9-12).*

Não se vislumbra em nenhum momento referência a porque motivos os policiais teriam adentrado ao rancho do autor, que sequer estava presente no momento da apreensão da arma.

Outrossim, ainda que a operação a que se refere à denúncia tivesse mandado judicial, não o foi para a busca na residência do paciente.

Aury Lopes Jr. aborda a questão com propriedade:

> *"Não há que se admitir o abuso do poder de polícia no cumprimento de medidas judicialmente determinadas e limitadas, pois isso conduz à ilegalidade do excesso cometido. Nessa linha, ainda que faça um perigoso giro argumentativo ao tratar da "criminalidade macroeconômica" com o qual não concordamos, PACELLI98 exemplifica a busca e apreensão para "a busca de animais silvestres", na qual os policiais passam a revirar as gavetas ou armários da residência. Nesse caso, posiciona-se o autor pela ilicitude das provas de infração penal que não estejam relacionadas com o mandado de busca e apreensão, pois a ação policial "fugiria do controle judicial, configurando verdadeira ilegalidade, por violação do domicílio, no ponto em que para aquela finalidade, o ingresso na residência não estaria autorizado".* (Direito Processual Penal. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 585). Admitir a persecução penal baseada numa prova ilícita como esta, diante de sua colheita ter ofendido princípios constitucionais, seria violar estes próprios princípios.

Tal entendimento, aliás, está em consonância com o do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *H.C.* 95009/SP, de Relatoria do Min. Eros Grau. Vejamos:

> *"(...) AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar,*

> *a Constituição, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica "devassa". Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que "é inviolável o sigilo da correspondência" (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou "deletada", é neles encontrada? E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente privará a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a sua prisão. A garantia constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros. (...)".* (*HC* 95009, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640).

A ilegalidade, portanto, exsurge do fato de que a arma foi encontrada casualmente quando policiais militares e fiscais do IBAMA faziam operação às margens do Rio Taquari.

Logo, sob a ótica Constitucional de um Estado Democrático e de um consequente Direito Penal garantista, deve ser trancada a ação penal por ausência de justa causa, nos termos do art. 395, III, do CPP, por estar embasada em prova ilícita.

Ressalto que esta 2ª Câmara Criminal já acatou esse posicionamento ao julgar por unanimidade o Recurso em Sentido Estrito n.042603-61.2012.8.12.0001, de minha Relatoria, assim ementado:

> *"EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – POSSE DE ARMA DE FOGO – PROVA ILÍCITA – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.*
>
> *O flagrante delito justifica a violação do domicílio, conforme prevê a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XI, mas a violação do domicílio, sem mandado, consentimento do morador ou ciência anterior do delito não justifica o flagrante que só ocorreu após o vilipêndio de garantia fundamental constitucionalmente assegurada.*
>
> *É escorreita a rejeição da denúncia que se baseou em prova ilícita e, portanto, imprestável.*
>
> *Recurso não provido, contra o parecer."* (0042603-61.2012.8.12.0001. Recurso em Sentido Estrito. Relator(a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Comarca: Campo Grande. Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal. Data do julgamento: 04/02/2013. Data de registro: 29/03/2013).

De outro norte, e para que não haja dúvidas acerca de necessidade de trancamento da ação penal, destaco que também não vislumbro tipicidade nos fatos narrados, por aplicação do princípio da ofensividade.

Isso porque a denúncia não narra em nenhum momento que tenha sido encontrada junto com a arma de fogo alguma munição apta a ser deflagrada, donde inimaginável qualquer hipótese de efetiva utilização

da arma para causar risco ou dano à integridade física de outrem, especialmente porque estava em um rancho, às margens do Rio Taquari, longe da cidade.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul já exarou o seguinte:

> *"PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. O simples porte de munição, sem chance de uso em arma qualquer, não configura crime, pena de violação dos princípios da ofensividade e da razoabilidade. O Direito não é pura forma, competindo ao julgador atentar para aspectos outros que não a mera literalidade da norma. Até os mais ingênuos já perderam a ilusão de que é possível ler sem interpretar; e interpretar o Direito, inevitavelmente, também é criar o Direito. O legislador não tem carta branca para criminalizar condutas sem qualquer lesividade social, ao avesso da principiologia constitucional e da Teoria do Delito consagrada no Direito Penal contemporâneo. Negaram provimento ao apelo ministerial (unânime)."* (Apel. Crim. n. 70011545696, 5ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. em 08.06.2005).

Acerca deste último precedente colhe-se a seguinte lição de Luiz Flávio Gomes:

> *"**O STF (1ª Turma), desde 25 de maio de 2004, no ROHC 81.057-SP, firmou posição no sentido de que arma desmuniciada (e sem chance de ser municiada rapidamente) não constitui o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo**. A jurisprudência assentada pelos tribunais brasileiros, antes, era no sentido contrário (cf.: STJ, HC 14.747, Gilson Dipp, DJU de 19.03.01, p. 127). Esse entendimento assim como os votos dos Ministros Ellen Gracie e Ilmar Galvão (no referido ROHC 81.057-SP) tinham como fundamento a natureza abstrata do perigo incriminado pelo legislador.*
>
> *Isso tudo perdeu validade dentro do moderno Direito penal, guiado pelo princípio da ofensividade (cf. GOMES, Luiz Flávio, Princípio da ofensividade no Direito penal, São Paulo: RT, 2002). Todo tipo penal fundado literalmente em perigo abstrato deve ser interpretado e adequado à visão constitucional do Direito penal (assim: Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, que foram votos vencedores).*
>
> ***Arma desmuniciada e, ademais, sem nenhuma possibilidade de sê-lo, não ostenta nenhuma potencialidade lesiva, porque não é apta para efetuar disparos**. O Min. Sepúlveda Pertence, com o costumeiro acerto, foi ao cerne da questão: **se a arma está desmuniciada não conta com potencialidade lesiva, logo, não é arma de fogo.** Falta o objeto material do delito (sobre o qual recai a conduta do agente). **Arma desmuniciada é arma, porém, não é fogo. E o que a lei incrimina (no Estatuto do Desarmamento) é a arma de fogo.***
>
> *O equívoco, que estava presente no voto da Min. Ellen Gracie, vem espelhado na confusão que se fez entre potencialidade lesiva e poder de intimidação. Não há dúvida que arma desmuniciada tem poder intimidativo e quando usada para ameaçar pessoas constitui o crime de ameaça, de roubo etc. Quando o ladrão aponta uma arma, num roubo, a vítima não pergunta se a arma está ou não municiada. Por isso que seu uso configura o roubo. Mas uma coisa é a arma usada como instrumento de um crime (de um roubo, por exemplo), outra distinta é a arma como objeto material do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo.*
>
> *Poder de intimidação também têm a arma de brinquedo, a arma inapta, a arma quebrada, a arma de sabão ou qualquer outro instrumento lesivo (real ou fictício). A criminalização da arma de fogo, considerada em si mesma, entretanto, não tem como fundamento esse poder de intimidação (fundado nas teorias subjetivistas, que alimentam*

o danoso Präventionstrafrecht), senão a sua potencialidade lesiva concreta (teorias objetivistas, que demarcam o Verletzstrafrecht).

A conduta, para criar um risco proibido relevante, nos termos da incriminação contemplada no Estatuto do Desarmamento, deve reunir duas condições: (a) danosidade efetiva da arma, leia-se, do objeto material do delito (potencialidade lesiva concreta) e (b) disponibilidade (possibilidade de uso imediato e segundo sua específica finalidade). O resultado da soma dessas duas categorias (ou exigências) nos dá a idéia exata da ofensa típica a um bem jurídico supraindividual (certo nível de segurança coletiva) ou, mediatamente, aos bens individuais (vida, integridade física etc.).

O crime de posse ou porte de arma ilegal, em síntese, só se configura quando a conduta do agente cria um risco proibido relevante (que constitui exigência da teoria da imputação objetiva). Esse risco só acontece quando presentes duas categorias: danosidade real do objeto + disponibilidade, reveladora de uma conduta dotada de periculosidade. *Somente quando as duas órbitas da conduta penalmente relevante (uma, material, a da arma carregada, e outra jurídica, a da disponibilidade desse objeto) se encontram é que surge a ofensividade típica.* ***Nos chamados "crimes de posse" é fundamental constatar a idoneidade do objeto possuído. Arma de brinquedo, arma desmuniciada e o capim seco (que não é maconha nem está dotado do THC) expressam exemplos de inidoneidade do objeto para o fim de sua punição autônoma.***

Exatamente nesse mesmo sentido acha-se a munição desarmada (leia-se: munição isolada, sem chance de uso por uma arma de fogo) assim como a posse de acessórios de uma arma. Não contam com nenhuma danosidade real. São objetos (em si mesmos considerados) absolutamente inidôneos para configurar qualquer delito. Todas essas condutas acham-se formalmente previstas na lei (Estatuto do Desarmamento), mas materialmente não configuram nenhum delito. Qualquer interpretação em sentido contrário constitui, segundo nosso juízo, grave ofensa à liberdade e ao Direito penal constitucionalmente enfocado. (GOMES. Luiz Flávio. Arma desmuniciada versus Munição desarmada. 2004. Disponível em: <http://www.portalielf.com.br>. Acesso em: 05 jul. 2004, grifo nosso)."

Se a jurisprudência e a doutrina têm admitido que o porte de arma desmuniciada, ou seja, ostentar a arma junto a si, caracteriza a atipicidade da conduta se não há perigo de ser utilizada por ausência de munição, o que se dirá da posse em um rancho longe da cidade, local onde o acusado sequer estava no momento da apreensão? Não é possível até mesmo com o máximo esforço imaginar qualquer violação ao direito penal que possa ensejar a movimentação da máquina estatal para tentar punir esse cidadão.

Com todo o respeito, a dispensa de dano efetivo ou perigo de dano (concreto ou abstrato) a *outrem* não se coaduna com a teoria do delito e a faceta atual da ciência penal.

O Direito Penal é a *ultima ratio* da intervenção estatal, não devendo intervir em condutas desprovidas de efetiva lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado, em obséquio ao princípio da lesividade.

Bem por isso que **Nilo Batista** e **Eugenio Raúl Zaffaroni** advertem para a impropriedade da construção doutrinária do "dano normativo", presumido pela norma:

"No direito penal essa opção constitucional se traduz no princípio da lesividade, segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção pu nitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio ***[...]*** *O delito sempre implica uma lesão: não reconhecer que essa lesão é aquela sofrida pela vítima significa, automaticamente, transferir a lesão para um titular alternativo, que em geral é o estado* ***[...]*** *A legislação contemporânea*

> *tende também a minimizar o bem jurídico, mediante a proliferação de tipos do chamado perigo abstrato e além disso, na sociedade de risco da revolução tecnológica, mediante a tipificação de atos de tentativa e inclusive de atos preparatórios. Toda debilitação do bem jurídico importa numa paralela deterioração de sua objetividade, o que se agrava até o extremo de, ultrapassando o confisco da vítima, ser ela suprimi da, mediante o uso perverso dos interesses difusos e dos delitos de perigo co mum. Por isso, para preservar o princípio do alterum non laedere de Aristóteles e Ulpiano, é necessário precisar – quiçá um pouco exageradamente – que bens jurídicos são só aqueles cuja lesão se concretiza em ataques lesivos a uma pessoa de carne e osso."* (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo et ali. Direito Penal Brasileiro. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 226, 228 e 229).

O fato de o crime ser de mera conduta não pode ter o condão de dispensar o dano ou o perigo concreto de dano, sob pena de banalizar a aplicação do Direito Penal e desprezar o princípio da ofensividade.

A regra penal ordinária que sanciona a posse de arma de fogo quando desatendidos os requisitos administrativos não pode, na situação dos autos, afrontar o princípio da ofensividade.

A mera posse de arma, sem munição ou possibilidade de no momento ter acesso a essa no local dos fatos, mormente em casos como este, que o artefato foi deixado num rancho na zona rural, não caracteriza o tipo penal em comento, ante a ausência de criação ou implemento de um risco de dano ou perigo.

Ante o exposto, contra o parecer, conheço do *habeas corpus* e concedo a ordem para determinar o trancamento da ação penal n. 0000204-34.2011.8.12.0039.

DECISÃO EM 08/07/2013: CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1° VOGAL, APÓS O RELATOR CONCEDER A ORDEM. O 2° VOGAL AGUARDA.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1° Vogal).

Pedi vista dos autos para analisar de forma mais acurada do pedido e vou acompanhar o e. relator na concessão presente ordem *habeas corpus*.

Não tenho dúvida em conceder a ordem para trancar a ação penal, tendo em vista o reconhecimento de que a colheita da prova da materialidade delitiva se deu de maneira ilícita, produzida mediante notório abuso de poder consistente na violação de domicílio do paciente, pois os policiais não tinham conhecimento prévio do crime e adentraram ao Rancho de lazer do acusado, sendo estes um de seus domicílios, sem o competente do mandado judicial que autorizasse o ato.

O judiciário não pode chancelar atos abusivos como este, os quais, aliás, não são isolados, mas ocorrem corriqueiramente.

Toda atividade policial deve se pautar antes de tudo na legalidade, sob pena de causarem mais danos do que benefícios a sociedade, em especial o sentimento de insegurança que assola a população quando agentes que deveriam protegê-la, e proteger os seus direitos, constantemente estão a violar-lhe os direitos.

Tecidas essas considerações, acompanho o relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2° Vogal).

De acordo com o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 15 de julho de 2013.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



Justiça Restaurativa na Escola conta com mais de 150 atendimentos - 03/07/2013



Em outubro de 2012 teve início em três escolas da rede pública estadual de Campo Grande o projeto Justiça Restaurativa na Escola, uma forma alternativa e diferente do sistema tradicional de justiça, que visa prevenir a violência nas relações do contexto escolar, por meio de resolução de conflitos, de modo construtivo e pacífico, utilizando como sua principal ferramenta o diálogo. Ela baseia-se no princípio de que a vítima, ofensor, escola e comunidade devem compartilhar a busca de solução do conflito por meio do diálogo e gradativamente inserir uma cultura de paz.

Atualmente, o projeto conta com mais de 150 atendimentos (conflitos instalados) que incluem tanto o procedimento usual da Justiça Restaurativa - Círculo de resolução de Conflitos (pré-círculo, círculo restaurativo e pós-círculo), como também outras possibilidades de práticas restaurativas de forma preventiva à violência - Círculos de Apoio, Círculos de Diálogo, Círculos de Compreensão e orientação aos alunos.

O projeto é uma parceria entre a Secretária do Estado de Educação (SED) e o Tribunal de Justiça de MS, sendo executado pela Coordenadoria da Infância e da Juventude. A princípio foi implantado nas escolas estaduais Arlindo de Andrade Gomes (Bairro Santo Amaro), Hércules Maymone (Bairro Itanhangá Parque) e José Maria H. Rodrigues (Bairro Mata do Jacinto), e após seis meses de atuação o projeto foi ampliado para mais duas escolas estaduais: Marçal de Souza Tupã-y (Bairro Los Angeles) e Pe. José Scampini (Bairro Cophavilla II).

A Justiça Restaurativa na Escola trabalha para sensibilizar a comunidade para esse novo modelo de justiça, implantando uma Cultura da Paz nas escolas da rede pública, do estado de Mato Grosso do Sul através de integração e articulação de técnicas restaurativas e de espaços de resolução de conflitos buscando "Uma escola mais justa e uma justiça mais educativa".

Mais informações sobre o projeto podem ser obtidas pelo e-mail jr.escolas@tjms.jus.br, www.facebook.com/jrnaescola ou pelo telefone 3317-3989.

Autoria do texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Empossado o Des. Eduardo Machado Rocha - 20/09/2013



Apesar de ter sido uma posse administrativa, a sessão extraordinária do Tribunal Pleno em que o juiz Eduardo Machado Rocha foi empossado no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na manhã desta sexta-feira (20), foi muito prestigiada.

Juízes do interior e da Capital, advogados, além de desembargadores aposentados e outras autoridades estiveram no TJMS para deixar claro ao novo integrante da mais alta Corte do Poder Judiciário de MS seu respeito e admiração.

O empossando foi conduzido ao plenário pelos desembargadores mais antigo e mais novo, que foram, nesta solenidade, o Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e a Desa. Maria Isabel de Matos Rocha, respectivamente.

O primeiro a falar foi o Defensor Público Geral, Paulo André Defante, que se manifestou de forma rápida, mas demonstrando toda a consideração da classe com o novo desembargador. “Podemos atestar de forma institucional que é ele um homem honrado, cumpridor de seus deveres e que propaga o bem com suas decisões. Por isso, em nome de minha instituição, parabenizo-o e coloco todo meu gabinete à disposição de V. Excia, para a prestação de uma justiça mais célere. Parabéns ao senhor que tem a difícil missão de substituir um desembargador muito querido, o Des. Rubens Bergonzi Bossay, que está na plateia e a quem saúdo e reverencio. Tenha sucesso em sua missão, Des. Eduardo”.

Em nome da OAB/MS falou André Luiz Xavier Machado, vice-presidente do Ordem. “Trago a saudação dos 12 mil advogados sul-mato-grossenses ao mais novo membro desta corte. Para a OAB/MS é uma ocasião ímpar. Momento de saudar um magistrado de carreira sólida, que dignamente chega à Corte Superior. O novo desembargador é conhecido pela coragem que sempre pautou sua conduta como juiz. Atuou em casos polêmicos e saiu deles maior do que entrou. Demonstrou correção e altivez ao assumir e comandar a prefeitura do segundo maior município do Estado, quando do afastamento do então alcaide municipal, e o fez sabendo que cumpria uma obrigação pontual. (...) A advocacia sul-mato-grossense tem certeza de que a junção da experiência adquirida pelo novo desembargador ao longo de seus 26 anos de magistratura, aliada à competência, coragem e seriedade farão do juiz Eduardo um desembargador justo, respeitado e digno de seus pares”.

O presidente da Associação dos Magistrados de MS (AMAMSUL), juiz Wilson Leite Corrêa, foi sucinto para dizer ao novo desembargador que a ocasião, apesar de simples, é um momento ímpar para a magistratura sul-mato-grossense, por representar a conclusão, a chegada de um magistrado exemplar, trabalhador e operoso ao mais alto posto do judiciário sul-mato-grossense.

"Eduardo, tenha a certeza de que os juízes deste Estado, aqui representados, como se pode perceber no plenário, admiram-no muito e esperam que tenha muito sucesso nesta nova missão. Na posição de presidente da AMAMSUL, representante de todos os juízes deste Estado, desejo muito sucesso ao novo desembargador nesta nova função, neste novo momento de sua vida. Parabéns!".

O deputado Paulo Corrêa falou em nome do Poder Legislativo de MS. "Quero dizer da honra de representar a Casa de Leis neste momento, em nome do presidente Jerson Domingos, que está em viagem ao interior com o governador do Estado. Conhecemos o empossando quando este era prefeito de Dourados e quero dizer da competência, da seriedade, da honradez com que ele conduziu o segundo maior município de MS, em um momento difícil. Parabenizamo-lo pelas tomadas de decisões firmes em que nunca coube nenhum tipo de dúvida. V. Excia tem o respeito dos 24 deputados e, em nome da Assembleia Legislativa, deixo registrado que temos uma relação muito boa institucionalmente. Desejo sorte ao sr. aqui e tenho certeza que, ao substituir o Des. Bossay, que fez um grande trabalho, V. Excia honrará e continuará fazendo um grande trabalho no Tribunal de Justiça de MS".

Falou também o presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Francisco das Chagas Lima Filho. "Não poderia deixar de comparecer a este ato para homenagear um amigo de longa data. Conhecemo-nos em Naviaraí, na década de 90, quando era juiz substituto naquela localidade e Eduardo judicava lá. Sinto-me honrado em participar de sua posse e não tenho dúvidas de que a justiça ganha em muito com sua vinda a este tribunal. É uma grande honra ser desembargador ao lado de um desembargador do Tribunal de Justiça, com quem mantemos fraterna e respeitosa relação. Me alegra muito abraçá-lo nesta data. Seja bem-vindo!"

O Des. Josué de Oliveira saudou o novo integrante do Tribunal Pleno em nome da Corte. "Ontem fui surpreendido com o honroso convite para proferir a saudação de boas vindas ao novato membro, indicado um dia antes pelo Tribunal Pleno, para o cargo de desembargador. (...) O novo desembargador, pela sua formação, cultura humanística e compromisso com a justiça, está à altura dos desafios deste nosso tempo, onde o Judiciário tem o papel fundamental de garantir a Constituição e ajudar a consolidar o regime democrático brasileiro. (...) O TJMS se engalana para festejar a chegada de V.Excia, que adentra a esta Corte depois de ter percorrido o ciclo necessário à maturação, em várias comarcas, mostrando sua dedicação e invejável capacidade de trabalho. Daí a razão de estarmos aqui reunidos, em comunhão festiva, para reiterar-lhe, nesta nova etapa que se inicia, o conselho amável de Fernando Pessoa: navegue, mergulhe e descubra tesouros e as maravilhas do fundo do mar. Admire a lua, sonhe com ela, mas não queira trazê-la para a terra. Sonhe com as estrelas, sinta que elas só podem brilhar no céu. Não tente deter o vento, ele precisa correr por toda parte, tem pressa de chegar sabe-se lá onde. Não apare a chuva, ela quer cair e molhar muitos rostos. Não seque as lágrimas, elas precisam correr na sua face. Não importa se a estação do ano muda, se o século vira e se o milênio é outro; conserve a vontade de viver, pois não se chega a parte alguma sem ela. Abasteça seu coração de fé, não a perca nunca. Se achar que precisa voltar, volte. Se percebe que precisa seguir, siga. Se estiver tudo certo, continue. Envolva-se de rosas e do seu perfume. Seja feliz nesta nova caminhada".

Emocionado, o empossando agradeceu as palavras amáveis e generosas daqueles que o saudaram, afiançando-lhes que estas serão companheiras do trabalho a ser desenvolvido e frutificarão em benefício da sociedade.

"Agradeço a Deus por ter me escolhido para tomar posse no dia de hoje no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de meu Estado. Agradeço a Deus pela proteção e pela perseverança no caminho

que traçou para mim. Agradeço a Deus pelos pais, esposa, filhos, netos, parentes, amigos e a todos os servidores, escrivãs, analistas, escriturários e oficiais de justiça que trabalharam junto comigo na prestação da tutela jurisdicional na primeira instância e que muito me ajudaram. (...) O exercício da magistratura é uma atividade árdua, exige estudo constante e disciplina, a aplicação da lei ao caso concreto com a elaboração da sentença demanda tempo, fala-se que a justiça é morosa, e ela realmente é, mas a demora que excede um prazo razoável não é justa e transforma-se em injustiça. (...) Durante toda minha caminhada na magistratura, nesses 26 anos, sempre procurei julgar de forma rápida, analisando as provas com convicção de fazer justiça. Por certo aconteceram equívocos, todavia somos seres humanos passíveis de acertos e erros, mas sempre procurando acertar. (...) Tomo posse hoje na vaga deixada pelo Des. Bossay, pessoa digna, humilde e que exerceu o cargo sempre demonstrando notável conhecimento jurídico, competência e honestidade, estimado por seus pares, pelos juízes, promotores, advogados e servidores. Sei que é muito difícil substituir a altura magistrado dessa estirpe. (...) Finalizo invocando parte da parábola A couve e o carvalho, de Rui Barbosa: Quando praticamos uma boa ação, não sabemos se é para hoje, ou para quando. O caso é que seus frutos podem ser tardios, mas são certos. Uns plantam a semente da couve para o prato de amanhã, outros a semente do carvalho para o abrigo do futuro. Aqueles que cavam para si mesmos. Estes lavram para seu país, para a felicidade de seus descendentes, para o benefício do gênero humano. Meu agradecimento a todos que me honraram com suas presenças".

Ao final da sessão, o presidente do TJMS, Des. Joenildo de Sousa Chaves, esclareceu a razão da posse administrativa. O ato atende ao disposto no Código de Organização e Divisão Judiciárias (CODJ), segundo o qual a posse será realizada dentro de 10 dias, a contar da data da publicação do ato de nomeação no órgão oficial. A Portaria nº 614, que promoveu o magistrado ao cargo de desembargador, está publicada no Diário da Justiça nº 2968, de 20 de setembro de 2013.

Autoria do texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Justiça em Números: TJMS alcança resultado máximo de produtividade - 15/10/2013



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, juntamente com os tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), Rio de Janeiro (TJRJ), Acre (TJAC) e Amapá (TJAP), alcançaram, em 2012, resultado máximo de produtividade dentre os tribunais estaduais, segundo o Índice de Produtividade Comparada (IPC-Jus). É o que mostra o Relatório da Pesquisa Justiça em Números 2013, divulgado nesta terça-feira (15) pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em Brasília.

De acordo com o Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), estes tribunais foram capazes de baixar mais processos comparativamente aos demais de mesmo porte e com recursos semelhantes.

Uma das principais novidades do relatório Justiça em Números 2013, o IPC-Jus é um índice que compara a produtividade entre tribunais do mesmo ramo e com estruturas similares (pequeno, médio ou grande porte). O novo índice representa um aperfeiçoamento da modelagem do método DEA (do inglês, Data Envelopment Analysis) e estabelece uma relação entre o que foi produzido (denominado output) e os recursos disponíveis para cada tribunal (denominados inputs).

A metodologia compara o resultado otimizado com a produtividade alcançada por cada tribunal. Dessa forma, é possível fornecer dados quantitativos sobre o quanto cada tribunal deve aumentar em sua produtividade para alcançar a fronteira de produção, considerando os recursos que cada um dispõe.

Os cálculos levam em consideração o volume de processos, a força de trabalho, as despesas e os resultados de produtividade obtidos. Na edição de 2013, a metodologia foi aplicada aos tribunais da Justiça Estadual e da Justiça Federal.

Entre os tribunais de pequeno porte, o TJMS, TJAP e TJAC obtiveram produtividade máxima (100%). Os percentuais mais baixos entre os tribunais de pequeno porte foram obtidos pelo TJRR (35%) e pelo TJPI (37%). A média do IPC-Jus na Justiça Estadual em 2012 foi de 73%, segundo o método DEA.

Nenhum dos tribunais de médio porte da Justiça estadual alcançou 100% de produtividade. O TJDFT e o TJSC foram os que obtiveram melhor desempenho entre os tribunais de médio porte: 79% e 77%, respectivamente. TJPE e TJMT tiveram os menores percentuais de produtividade, ambos com 44%.

Entre os tribunais de grande porte da Justiça estadual, TJRS e TJRJ alcançaram 100% de produtividade, ou seja, conseguiram produzir o máximo com os insumos disponíveis, na comparação aos demais de mesmo porte.

Autor da notícia: SCS, com informações da Agência CNJ de Notícias.

Ministro do STJ participa de seminário em Campo Grande - 15/10/2013



Durante dois dias, a Escola Judicial de MS (Ejud-MS) reuniu palestrantes renomados em Campo Grande para discutir temas relevantes do direito do consumidor. Estiveram na Capital o promotor Paulo Roberto Binicheski, o juiz Alexandre David Mafatti, o advogado Zelmo Denari, o promotor aposentado José Geraldo Brito Filomenno, a coordenadora geral do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor Lorena Tamanini Rocha Tavares, além do Ministro Marco Aurélio G. Buzzi.

As discussões foram centralizadas nos temas A Proteção do Consumidor no Mercado Eletrônico; Obrigações de Fazer e liminares em Ações de Consumo; A Judicialização da Defesa do Consumidor; A Prevenção do Superendividamento do Consumidor; Responsabilidade do Fornecedor de Bens e Serviços; e Tutela Penal do Código de Defesa do Consumidor.

Convidado a falar sobre a judicialização da defesa do consumidor, o ministro Marco Aurélio Buzzi, integrante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), explicou que a discussão do tema neste momento não é consequência da entrega ao Senado de dois anteprojetos das leis de arbitragem e mediação, mas porque o tema consumidor deve ser discutido a todo momento.

"Eu diria que qualquer momento é oportuno para discutirmos direitos e defesa do consumidor, porque hoje em dia o sistema de consumo é o carro-chefe do nosso sistema econômico – tanto é que vivemos em uma sociedade denominada sociedade de consumo, então essas relações são muito importantes por causa da multiplicidade que têm e do volume que representam, em termos de movimentação econômica. O mundo se move com base nas relações contratuais. As indústrias, as empresas, as pessoas. Hoje temos o problema do endividamento das famílias, que é um dos maiores do planeta. São muitas frentes precisando ser estudadas, analisadas para se ter propostas de resolução e estas, em razão da judicialização das políticas, feliz ou infelizmente estão passando pelo judiciário", explicou.

Buzzi é um defensor da mediação e participou da entrega das propostas em Brasília. Questionado sobre a possibilidade de a mediação auxiliar a justiça brasileira a resolver os conflitos envolvendo consumo, ele garantiu estar convicto disso.

"A mediação com certeza vai ajudar e muito, porém, neste momento, tudo depende de dois fatores: como esse projeto vai se converter em lei, se com as características dadas nas comissões e como o projeto

será implementado. Se vai se transformar em política pública institucional ou não. Neste momento, na qualidade de cidadão, são nossas duas preocupações. Depois disso, devemos ficar atentos às questões das políticas", completou o ministro.

Sobre o juiz brasileiro estar preparado e incentivado para abarcar a mediação, o ministro foi otimista. "Creio que sim, porque há mais de dois anos as escolas estão dando cursos de preparação de mediação, de conciliação e estão muito propensos a isso porque é também uma maneira de dar a prestação jurisdicional por outros métodos que não os convencionais, os tradicionais. De um modo mais rápido e que resolve o conflito sociológico, algo que nem sempre a sentença consegue fazer. A sentença, muitas vezes, resolve o processo, mas não resolve o conflito por trás do processo – e a mediação resolve, quase sempre, além da questão, o conflito sociológico que traz o caso", concluiu.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Presidente apresenta boas práticas do TJMS em seminário do CNJ - 16/10/2013



Com o plenário do TST lotado de presidentes de tribunais, juízes e servidores de todo o país, o Conselho Nacional de Justiça lançou nesta terça-feira (15) mais uma edição do relatório Justiça em Números. No primeiro painel, Diálogos sobre Eficiência na Gestão do Judiciário Estadual, o Des. Joenildo de Sousa Chaves, presidente do TJMS, compôs a mesa para compartilhar as boas práticas aplicadas na justiça sul-mato-grossense. Do mesmo painel participaram os presidentes dos tribunais de RS, RJ, AC e AP.

"É importante mencionar que se falamos de eficiência é porque o Tribunal de Justiça de MS, desde 1999, tem investido m boas práticas que culminaram na sua modernização e disseminação da cultura de planejamento e gestão estratégica do Poder Judiciário. Os avanços das gestões anteriores propiciaram novas metas. Cada administração teve grande parcela de contribuição nos resultados que estamos colhendo e todas trabalharam em prol do judiciário, fazendo aquilo que o tempo exigia e que era possível fazer", disse Joenildo.

Em 2012, os números do relatório apontam que tramitaram 72 milhões na justiça estadual e foram proferidas 17 milhões de sentenças, o que significa uma média de 1.423 sentenças por magistrados. Dados mostram também que para cada juiz da justiça estadual havia 6.208 processos, contudo, o índice mais esperado foi o IPC-Jus, que permite a análise da produtividade.

No panorama global da justiça nos estados, o TJMS possui mais de 10 magistrados por 100 mil habitantes e pelo IPC-Jus, Mato Grosso do Sul atingiu o índice de 100% de eficiência. Entre os tribunais de pequeno porte, o TJMS, TJAP e TJAC obtiveram produtividade máxima (100%).

"Já fui perguntado sobre o que fazemos para que o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul tenha taxa reduzida de congestionamento e elevado índice de produtividade com o menor custo. Respondo que é resultado do conjunto de ações desenvolvidas por todos: administração, magistrados e servidores", acrescentou o presidente do TJMS.

De acordo com o relatório, no que se refere à justiça estadual, o maior número de processos está nas regiões sul e sudeste. Os percentuais mais baixos entre os tribunais de pequeno porte foram obtidos pelo TJRR (35%) e pelo TJPI (37%). Nenhum dos tribunais de médio porte da justiça estadual alcançou 100% de produtividade.

Ao final, Joenildo avaliou o primeiro dia do evento. “De todas as edições do Justiça em Números que participei, sem desmerecer as anteriores, esta foi a melhor porque apresentou resultados mais objetivos. Os tribunais fizeram as exposições e proporcionaram a muitos outros se espelhar nas experiências de sucesso e adotarem estas práticas. Na verdade, oportunizaram aos tribunais de grande, médio e pequeno porte melhorarem, de acordo com suas realidades. Considero esta edição altamente proveitosa”, disse ele.

Para o juiz auxiliar da Presidência, Odemilson Roberto Castro Fassa, que acompanhou o presidente na solenidade, o evento foi altamente produtivo. “Foi muito bom conhecer as experiências de outros tribunais”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Fazenda da esperança inaugura casa custeada pelo Judiciário de MS - 17/10/2013



Será inaugurada nesta sexta-feira, dia 18 de outubro, às 14 horas, a Casa de Triagem da Fazenda da Esperança, unidade feminina de recuperação de dependentes químicos em Campo Grande. A obra de 350m² foi custeada pelo Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, por meio da doação dos recursos arrecadados com as penas pecuniárias. Ao todo foram destinados R$ 411.000,00 para o projeto.

O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, por meio da 2ª Vara de Execução Penal (VEP), que cuida do cumprimento de penas alternativas, criou uma maneira pioneira no Brasil de destinar os recursos que são arrecadados com as penas pecuniárias, que são penas alternativas nas quais réus de pequenos crimes são condenados a doar uma determinada quantia em dinheiro para instituições sociais. De acordo com o juiz da 2ª VEP, Albino Coimbra Neto, a partir da criação da Central de Execução de Penas Alternativas foi possível desenhar um formato de centralização das penas pecuniárias. "Com essa centralização se pode sonhar com projetos sociais de maior vulto, de maior impacto social, na medida em que essas penas pecuniárias são todas depositadas em uma conta judicial única".

"Esse projeto da centralização das verbas oriundas do crime e da disponibilização para entidades sociais é o primeiro no Brasil. A concretização desta obra é o resultado de mais um pioneirismo do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, executado com transparência e beneficiando a sociedade", destacou o presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Foi então que, desde 2009, os valores das penas pecuniárias são destinados para uma conta judicial, ao invés de pulverizar pequenas quantias em diversas entidades. E assim, as instituições sociais enviam todos os anos projetos de obras e materiais que necessitavam e, com esse recurso em conta, o judiciário doa o dinheiro necessário para a execução das obras daqueles projetos previamente analisados e aprovados. É assim que a justiça sul-mato-grossense vem transformando pequenos crimes em grandes obras.

A maior delas até hoje é a casa de triagem da Fazenda da Esperança. A obra, que teve início em julho de 2012, tem capacidade para abrigar 14 internas e duas coordenadoras. A estrutura é composta por sala, cozinha, jardim de inverno e quatro apartamentos, além de um espaço para o trabalho com a espiritualidade das internas.

De acordo com Mauro Antonio Zaionc, tesoureiro da Fazenda da Esperança, "há muito tempo estávamos esperando pela concretização dessa obra, pois a necessidade de todas as Fazendas é ter uma

casa de triagem, onde as pessoas que ingressam na unidade possam receber cuidados diferenciados, uma vez que elas chegam muito debilitadas, sensíveis e em abstinência. Trata-se de um período em que elas precisam de um atendimento especial, além de não comprometer a recuperação das que já estão há mais tempo em tratamento".

Fazenda da Esperança – Fundada há cerca de 30 anos em Guaratinguetá, pelo Frei Hans e Nelson Giovanelli dos Santos, a Fazenda da Esperança é uma comunidade terapêutica de recuperação de dependentes químicos, cujo tratamento está baseado no tripé: convivência, trabalho e espiritualidade.

Atualmente existem 92 unidades da Fazenda, sendo 72 delas no Brasil e 20 no exterior. São mais de 3.000 pessoas em tratamento, entre jovens e adultos. Em Rio Brilhante funciona uma unidade masculina onde 48 homens estão internados.

A unidade feminina de Campo Grande, denominada Fazenda da Esperança Nossa Senhora da Abadia foi inaugurada em fevereiro de 2011, sua capacidade é para 16 pessoas, com a inauguração da casa de triagem esta capacidade será praticamente dobrada.

A Fazenda da Esperança Nossa Senhora da Abadia está localizada na Rodovia MS 010 (depois da UCDB em direção a Rochedinho), Km 02, 1.500 metros à esquerda (há uma placa de sinalização). O escritório de atendimento está situado na Rua Amando de Oliveira, 448 – Cúria Diocesana – Bairro Amambai - Telefone: 3383-0400.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

DISCURSO DO DESEMBARGADOR JOSUÉ DE OLIVEIRA NA POSSE DO DESEMBARGADOR EDUARDO MACHADO ROCHA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL.

Aos vinte de setembro de dois mil e treze.

O jesuíta espanhol Baltazar Gracián, que viveu no século XVII, escreveu em seu pequeno livro "A arte da prudência" que "A brevidade sempre é agradável e lisonjeira. Ganha em cortesia o que perde pela concisão. As coisas boas, se ditas breves, são duplamente boas. Diga brevemente e terá bem dito".

Portanto, permitiram-me ser breve e simples, como convém à simplicidade desta cerimônia.

Ontem, 19 de setembro de 2013, fui surpreendido com o honroso convite da presidência desta Corte, para, em nome dela, saudar o colega Eduardo Machado Rocha, indicado um dia antes, pelo Tribunal Pleno, para o cargo de desembargador.

Nos cinco segundos de tempo que pedi para refletir sobre a aceitação do convite, dada à iminência inesperada do ato solene, vieram à minha memória reminiscências do homenageado, Eduardo, de que sempre fomos amigos fraternos, dobrando-me a resistência até então esboçada, de modo que por isso demonstro minha gratidão pela oportunidade que me é dada, para saudar o amigo de infância quando alcança o mais alto degrau na carreira da magistratura sul-mato-grossense.

Vem-me à lembrança que João Ângelo Rocha, de saudosa memória, pai do homenageado, era a pessoa que animava, com sua sanfona, os bailes familiares de Dourados, no final da década de 1950.

Foi também grande incentivador da prática de atividades esportivas pela juventude estudantil daquela cidade, e depois aqui na capital.

Essa obstinação fez com que Eduardo esboçasse algum pendor para o futebol, chegando a integrar a equipe da Amamsul, como goleiro do time, só não alcançando o reconhecimento de craque, porque o empenho no exercício da jurisdição o impedia de se dedicar com mais afinco, aos treinos e jogos comandados pelo Romero.

O Dr. Eduardo Machado Rocha nasceu em Dourados, onde se graduou pela faculdade de Direito daquela cidade, em agosto de 1980, vindo, depois a compor o corpo docente da UNIGRAN (Universidade da Grande Dourados), como professor da disciplina Direito de Família e Sucessões.

É casado com a Dra. Simone Regina Depiere Machado Rocha.

São seus filhos: Tamara Mendes Rocha, Fabíola Mendes Rocha e Eduardo Mendes Rocha.

Curte prazerosamente os netos Izabela, Jordana e João Pedro.

Em 1987 foi aprovado em concurso de provas e títulos, ingressou na magistratura deste estado, onde exerceu a função de juiz substituto nesta capital.

No ano seguinte assumiu a titularidade da Comarca de Iguatemi, onde ficou menos de um ano, quando novamente foi promovido para Coxim.

Em 1990 foi removido, por permuta, para a Comarca de Naviraí.

Seis anos depois chegou a sua terra natal (Dourados), como titular da 1ª vara Cível, depois, transformada em vara especializada de família e sucessões, onde permaneceu até 18.09.2013, quando foi indicado para ter assento nesta Corte, em vaga aberta pela aposentadoria do Desembargador Rubens Bergonzi Bossay.

O novo desembargador, pela sua formação, cultura humanística e compromisso com a justiça, está à altura dos desafios deste nosso tempo, onde o judiciário tem o papel fundamental de garantir a Constituição e ajudar a consolidar o regime democrático brasileiro.

Juiz estudioso, culto e dotado de invulgar capacidade de trabalho, dedicou-se tanto e por quase duas décadas à titularidade da vara de família e sucessões da Comarca de Dourados, que resolveu editar um trabalho intitulado "Sucessão Hereditária e Fases Práticas do Inventário e Partilha", editora Pilates, 2006, naturalmente destinado aos acadêmicos e profissionais que apreciam e operam nesta área específica de grande relevância social.

DISCURSO DO DR. EDUARDO MACHADO ROCHA , AO TOMAR POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL.

Aos vinte dias do mês de setembro do ano de dois mil e treze.

Exmº Sr. Presidente do TJMS, Exm° Sr. Governador, excelentíssimos senhores desembargadores membros deste Sodalício. Agradeço a presença da minha família, parentes, amigos, colegas juízes, promotores de justiça advogados, senhoras e senhores.

Agradeço as palavras amáveis e generosas daqueles que me saúdam, afiançando-lhes que elas serão para mim companheiras do trabalho a ser desenvolvido e frutificarão em benefício da sociedade.

Agradeço a Deus por ter me escolhido para tomar posse no dia de hoje, no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de meu Estado. Agradeço a Deus pela proteção e pela perseverança no caminho que traçou para mim.

Agradeço a Deus pelos pais, esposa, filhos, netos, parentes, amigos e a todos os servidores, escrivãs, analistas, escriturários e oficiais de justiça que trabalham junto comigo na prestação da tutela jurisdicional na primeira instância e que muito me ajudaram.

Peço a Deus que me abençoe e me ilumine com sua proteção, não deixando que nenhum mal me atinja e que permaneça firme, reto, disciplinado, coerente, fazendo com que sua vontade prevaleça na verdadeira justiça, nos termos da Constituição Federal, Estadual, normas vigentes e ensinamentos contidos no evangelho.

Peço a Deus que me dê sabedoria, humildade, bom senso e conhecimento para que julgue com acerto e justiça as questões que me serão encaminhadas. Peço a Deus que o Espírito Santo esteja sempre me orientando e me preenchendo com sábios conhecimentos. Ensina o Salmo 37, de Davi, 5, 6: “Entrega o teu caminho ao Senhor, confia nele, e o mais ele fará. Fará sobressair a tua justiça como a luz e o teu direito, como o sol ao meio-dia”.

Chego aqui, graças ao apoio de meus pais João e Nadir, minha esposa Simone, filhos e netos. Ainda criança, meu avô paterno, Antonio, na presença de amigos, dizia: este menino é o meu neto mais velho e vai ser uma autoridade. O meu avô paterno, Lucio, dizia: “a maior riqueza de uma pessoa é o estudo e o maior bem é o respeito pelo nome”. Esses conselhos sempre estiveram presentes em minha vida e graças à minha mãe, também com seus ensinamentos e a perseverança de meu pai em me manter no colégio, estudando, é que consegui chegar aonde cheguei. Lembro-me de certa ocasião em que fugi do colégio para jogar bola. Meu pai ficou sabendo, foi até o campo de futebol, pegou-me pela orelha e levou-me até a diretora do colégio. A partir daí nunca mais faltei aula, consegui me formar e aqui cheguei.

Também quero agradecer o apoio e a confiança que recebi do Tribunal de Justiça, por meio do Desembargador João Carlos Brandes Garcia quando me nomeou prefeito Interino de Dourados, por ocasião de afastamento do Prefeito, Vice-prefeito e maior parte dos vereadores. Naquele período de turbulência pelo qual passou Dourados, recebi apoio incondicional de minha esposa Simone Regina Depiere Machado Rocha, procuradora do município, dando afeto, carinho e me ajudando, filtrando e conferindo toda documentação antes que assinasse.

Agradeço também às pessoas que se colocaram à disposição, exercendo a função de secretários para que pudéssemos reorganizar administravelmente o Município de dourados, quais sejam:

-Jonas Alves da Silva, Carlos Alberto Farnesi, Adilson José Puhl, Antonio Neres da Silva, Dirson Missio, Francisco Eduardo Custodio, Idenor Azambuja, José Ubirajara, Mauricio Rodrigues Peralta, Denize da Silva Nemirovsky, Mario Eduardo rocha Silva e Tony Audry Lima Zerlotti.

O exercício da magistratura é uma atividade árdua, exige estudo constante, a disciplina, e a aplicação da lei ao caso concreto com a elaboração da sentença demanda tempo. Fala-se que a justiça é morosa, e ela realmente é, mas a demora que excede um prazo razoável não é justa e se transforma em injustiça. Também é injusta a sobrecarga de processos: tem comarca no Estado com apenas um juiz e mais de nove mil processos para conhecer, analisar e julgar. Durante toda minha caminhada na magistratura, nesses 26 anos, sempre procurei julgar de forma rápida, analisando as provas com convicção de fazer justiça. Por certo aconteceram alguns equívocos, todavia somos seres humanos passíveis de acertos e erros, mas sempre procurando acertar. Como parte integrante do meu pensamento, quero ler aqui trecho do meu discurso do eminente Nelson Hungria, ao tomar posse no cargo de desembargador do Tribunal de Apelação do Distrito Federal em 16 de junho de 1994, quando assim se pronunciou:

> *"Serei no Tribunal de Apelação o que sempre fui na primeira instância : um juiz que, antes de consultar os manuais da doutrina ou as revistas de direito, aconselha-se com a própria consciência e dispõe, em qualquer conjuntura, de suficiente bravatura moral para não atraiçoá-la.*
>
> *Continuarei a não temer o contato das paixões, cujo fogo, quando ateado por um fim nobre, constitui o mais belo espetáculo da vida. Continuarei a ser o juiz que, quando reconhece os próprios equívocos, não vacila em confessá-los e emendá-los. Continuarei a detestar o papel de Maria vai com as outras pelo só comodismo de evitar uma discordância. Prosseguirei como juiz que não teme ameaças, nem se afrouxa com lisonjas. Continuarei a ter a coragem inteira da minha justiça, mesmo em face das demasias da autoridade ou dos punhos cerrados da multidão sediciosa. Continuarei a ser um juiz que não lava as mãos na bacia de Pilatos"*

Com razão, é desonroso, insensível e desumano ocupar um cargo de autoridade para obter vantagens próprias esquecendo-se aplicação da justiça, pois, conforme afirmou o grande filosofo grego Sócrates: "Os que acham que a morte é o maior de todos os MALES é porque não refletiram sobre os males que a INJUSTIÇA pode causar". Nesse mesmo sentido ainda observou o jornalista, jurista, político e docente universitário Piero Calamandrei: "para achar a pureza do Tribunal é preciso que lá se entre com a alma pura; para encontrar a Justiça é preciso ser-lhe fiel, pois, como todas as divindades, ela só se manifesta àqueles que nela creem."

Tomo posse hoje na vaga deixada pelo Desembargador Rubens Bergonzi Bossay, pessoa digna, humilde e que exerceu o cargo sempre demonstrando notável conhecimento jurídico, competência e honestidade, estimado por seus pares, pelos juízes, promotores, advogados e servidores. Corroboro as palavras ditas pelo Desembargador Marco André Nogueira Hanson, na sessão realizada no dia 20 de agosto 2013, em homenagem que prestou ao Desembargador Rubens: "Vossa Excelência foi um dos responsáveis pela modernização do Tribunal de Justiça, pelo acertamento do pessoal, da reestruturação de cargos do Tribunal de Justiça, cuidou da magistratura, cuidou do servidor público e trouxe todos os benefícios da tecnologia para nós, juízes. O Tribunal de Justiça deve muito a Vossa Excelência na parte administrativa e muito mais ainda na parte judicante, na qual Vossa Excelência foi sempre um magnífico julgador, com a experiência que a vida lhe deu para sentir a agonia do próximo e julgar corretamente, com independência, com imparcialidade, e Vossa Excelência só trouxe o bem para nosso semelhante durante sua trajetória".

Sei que é muito difícil substituir à altura um magistrado dessa estirpe, pessoa que sempre admirei, procurei dar tudo de mim para que possa desempenhar com presteza, dignidade, honestidade, imparcialidade e saber jurídico o cargo que por ele foi ocupado.

Como já feito, ofereço o juramento do meu grau, sob a inspiração de Deus e o testemunho dos que aqui me agraciaram como seu comparecimento, de servir a causa da justiça e ao ideal do direito e da liberdade com fervor religioso, incondicional fidelidade e vigilante devoção.

Ao finalizar, invoco parte da parábola: "A COUVE E O CARVALHO" de Rui Barbosa, que assim escreveu: "Quando praticamos uma ação boa, não sabemos se é para hoje, ou para quando". O caso é que seus frutos podem ser tardios, mas são certos. Uns plantam a semente da couve para o prato de amanhã, outros a semente do carvalho para o abrigo do futuro. Aqueles cavam para si mesmos. Estes lavram para seus pais, para a felicidade de seus descendentes, para o beneficio do gênero humano."

Meu agradecimento a todos que me honraram com suas presenças.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Atapoã da Costa Feliz

Apelação n. 0006514-39.2012.8.12.0001 007
Apelação n. 0039704-95.2009.8.12.0001 015
Apelação n. 0066378-81.2007.8.12.0001 020

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação n. 0009523-51.2009.8.12.0021 023
Apelação n. 0901772-77.2011.8.12.0001 032
Ação Rescisória n. 4001702-49.2013.8.12.0000 040

Divoncir Schreiner Maran

Apelação n. 0612047-08.2004.8.12.0001 045
Agravo Regimental n. 0800474-70.2012.8.12.0045/50000 048
Agravo Regimental n. 4006043-21.2013.8.12.0000/50000 053

Dorival Renato Pavan

Apelação n. 0000642-65.2011.8.12.0005 057
Apelação n. 0056193-81.2007.8.12.0001 065
Apelação n. 0073052-70.2010.8.12.0001 072

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação n. 0063208-33.2009.8.12.0001 081
Apelação n. 0100940-53.2006.8.12.0001 092
Mandado de Segurança n. 4002798-02.2013.8.12.0000 099

Hildebrando Coelho Neto

Mandado de Segurança n. 0604481-30.2012.8.12.0000 105
Direta de Inconstitucionalidade n. 4000679-68.2013.8.12.0000 109
Mandado de Segurança n. 4002367-65.2013.8.12.0000 114

João Maria Lós

Agravo Regimental n. 0605162-97.2012.8.12.0000/50000 121
Agravo Regimental n. 4004145-70.2013.8.12.0000/50000 130
Agravo Regimental n. 4007437-63.2013.8.12.0000/50000 133

Josué de Oliveira

Apelação n. 0138574-49.2007.8.12.0001 140
Mandado de Segurança n. 4005434-38.2013.8.12.0000 149
Agravo de Instrumento n. 4006169-71.2013.8.12.0000 154

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Agravo de Instrumento n. 4003830-42.2013.8.12.0000 161
Agravo Regimental n. 4008449-15.2013.8.12.0000/50000 165
Agravo de Instrumento n. 4009349-95.2013.8.12.0000 170

Julizar Barbosa Trindade

Apelação n. 0002912-20.2011.8.12.0019 173
Apelação n. 0045138-60.2012.8.12.0001 176
Apelação n. 0801253-82.2011.8.12.0005 181

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação n. 0004347-69.2010.8.12.0017 186
Apelação n.0363388-10.2008.8.12.0001 190
Agravo de Instrumento n. 4003957-77.2013.8.12.0000 196

Marco André Nogueira Hanson

Apelação n. 0003263-61.2009.8.12.0019 200
Apelação n. 0035180-21.2010.8.12.0001 204
Apelação n. 0800259-75.2012.8.12.0019 213

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação n. 0008797-43.2010.8.12.0021 221
Apelação n. 0352399-42.2008.8.12.0001 227
Agravo de Instrumento n. 4006430-36.2013.8.12.0000 235

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação n. 0002336-60.2011.8.12.0008 241
Apelação n. 0017854-82.2009.8.12.0001 247
Mandado de Segurança n. 1600088-35.2013.8.12.0000 257

Paschoal Carmello Leandro

Apelação n. 0003116-45.2008.8.12.0027 264
Apelação n. 0006065-65.2009.8.12.0008 269
Apelação n. 0051420-22.2009.8.12.0001 273

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação n. 0001011-18.2011.8.12.0051 278
Apelação n. 0005702-65.2010.8.12.0001 282
Apelação n. 0032095-61.2009.8.12.0001 286

Sérgio Fernandes Martins

Embargos de Declaração n. 0009635-77.2009.8.12.0002/50000 293
Apelação n. 0020484-09.2012.8.12.0001 298
Agravo de Instrumento n. 4005792-03.2013.8.12.0000 304

Sideni Soncini Pimentel

Embargos de Declaração n. 0012112-45.2011.8.12.0021/50000 307
Apelação n. 0027955-76.2012.8.12.0001 311
Apelação n. 0052855-12.2001.8.12.0001 317

Vilson Bertelli

Agravo Regimental n. 0000954-02.2008.8.12.0052/50000 321
Agravo Regimental n. 0003528-83.2010.8.12.0001/50000 325
Agravo Regimental n. 4006986-38.2013.8.12.0000/50000 328

Vladimir Abreu da Silva

Apelação n. 0002586-20.2012.8.12.0021 331
Conflito de Competência n. 1600090-03.2013.8.12.0000 335
Agravo de Instrumento n. 4000373-02.2013.8.12.0000 338

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação n. 0001442-05.2011.8.12.0002 343
Apelação n. 0005587-87.2010.8.12.0019 349
Agravo de Execução Penal n. 1600111-84.2013.8.12.0000 354

Dorival Moreira dos Santos

Apelação n. 0100715-88.2011.8.12.0023 357
Habeas Corpus n. 4008713-32.2013.8.12.0000 363
Habeas Corpus n. 4009003-47.2013.8.12.0000 366

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação n. 0001836-85.2011.8.12.0010 373
Apelação n. 0010738-56.2008.8.12.0002 377
Habeas Corpus n. 4005675-12.2013.8.12.0000 380

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação n. 0040505-74.2010.8.12.0001 385
Apelação n. 0052905-52.2012.8.12.0001 410
Habeas Corpus n. 4006931-87.2013.8.12.0000 419

Manoel Mendes Carli

Recurso Em Sentido Estrito n. 0002624-74.2012.8.12.0007 422
Apelação n. 0020991-38.2010.8.12.0001 426
Habeas Corpus n. 4006025-97.2013.8.12.0000 429

Maria Isabel de Matos Rocha

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0004228-92.2011.8.12.0011/50000 431
Apelação n. 0006144-60.2012.8.12.0001 445
Apelação n. 0017980-98.2010.8.12.0001 461

Romero Osme Dias Lopes

Recurso Em Sentido Estrito n. 0007908-78.2012.8.12.0002 474
Embargos Infringentes e de Nulidade n.0047248-66.2011.8.12.0001/50000 482
Apelação n. 0060049-82.2009.8.12.0001 490

Ruy Celso Barbosa Florence

Recurso Em Sentido Estrito n. 0004473-62.2013.8.12.0002 494
Agravo de Instrumento n. 4004165-61.2013.8.12.0000 506
Habeas Corpus n. 4006338-58.2013.8.12.0000 525

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE
DE ASSUNTO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação direta de inconstitucionalidade

Lei municipal. Alteração da carga horária de servidores municipais. Liminar. Presença dos requisitos. Liminar deferida (4000679-68.2013.8.12.0000).....109

Ação anulatória

Débito fiscal. IPTU progressivo. Estatuto da cidade. Tutela antecipada. Ausência dos requisitos (4005792-03.2013.8.12.0000) 304

Escritura pública. Cessão de direitos hereditários. Decadência. Princípio da substanciação. Nulidade do negócio. Ausência de manifestação de vontade do agente (0800259-75.2012.8.12.0019) 213

Multa aplicada pelo Procon. Devolução da caução. Impossibilidade. Depósito de valor liberado em favor do Estado (4009349-95.2013.8.12.0000) 170

Ação cominatória

Deslocamento de poste de energia elétrica. Incumbência da concessionária (0000954-02.2008.8.12.0052/50000).....321

Ação de busca e apreensão

Purgação da mora. Parcelas vencidas. Admissibilidade. Venda antecipada. Remoção do bem. Necessidade de prévia autorização judicial (4007437-63.2013.8.12.0000/50000) 133

Ação de cobrança

SENAI. Adicional de contribuição. Decreto-lei 4.082/42. Empresa com mais de 500 empregados. Empresa jurídica como um todo. Possibilidade (0005702-65.2010.8.12.0001).....282

Ação de preempção

Direito de preferência. Contrato de locação. Averbação no registro imobiliário. Necessidade. Bem alienado a terceiro. Contrato de doação. Exclusão do direito de preferência (0073052-70.2010.8.12.0001) 072

Ação de quitação

Contrato de financiamento para aquisição de veículo. Contratação de seguro prestamista. Morte da mutuaria. Inversão do ônus da prova. Relação de consumo. Baixa do gravame (0066378-81.2007.8.12.0001) 020

Ação monitória

Negócio superior a 10 salários mínimos. Prova exclusivamente testemunhal. Impossibilidade (0008797-43.2010.8.12.0021) 221

Ação regressiva

Oscilação de energia. Queima de aparelhos elétricos. Danos comprovados. Caso fortuito ou força maior. Excludente. Inexistência (0051420-22.2009.8.12.0001) 273

Ação rescisória

Violação a literal de disposição de lei. Não configurada. Rediscussão da matéria. Impossibilidade. Ação improcedente (4001702-49.2013.8.12.0000).....040

Ação trabalhista

Fazenda pública. Professor convocado a título precário. Regime jurídico administrativo. Recebimento do FGTS. Ausência de previsão legal (0009523-51.2009.8.12.0021).....023

Alimentos gravídicos

Requisitos não comprovados. Juntada posterior de documento. Vedado. Preclusão consumativa (4006043-21.2013.8.12.0000/50000).....053

Bem de família

Bem imóvel**.** Residencial e comercial. Penhora da parte comercial do imóvel. Possibilidade (4003957-77.2013.8.12.0000).....196

Concurso público

Candidata indígena. Edital. Reserva legal. Decreto estadual. Previsão de aumento de vagas. Poder discricionário da administração. Simples expectativa de direito (4002798-02.2013.8.12.0000).....099

Preterição de candidato. Violação de coisa julgada. Não configuração. Nomeação de candidato com classificação posterior a do impetrante. Direito subjetivo a nomeação. Inexistência (0604481-30.2012.8.12.0000).....105

Conflito negativo de competência

Ação de cobrança. Pessoa jurídica de direito público. Fundação estadual. Juizado Especial da Fazenda Pública. Competência. Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos (1600090-03.2013.8.12.0000) ... 335

Dano moral

Concessionária de serviço de fornecimento de água. Fraude no hidrômetro. Cobrança de multa. Ônus da concessionária. Danos morais configurados. Indenização devida (0000642-65.2011.8.12.0005) 057

Inadimplementos das mensalidades escolares. Proibição de entrar na escola. Ato ilícito configurado. Indenização devida (0003528-83.2010.8.12.0001/50000) 325

Divórcio litigioso

Partilha. Bem imóvel. Doação. Impossibilidade. Bem doado antes do casamento. União estável. Regime de comunhão parcial de bens. Bens doados. Incomunicabilidade (0002336-60.2011.8.12.0008).....241

Embargos de terceiro

Conta corrente conjunta. Penhora on line. Bloqueio do valor depositado. Impossibilidade (0363388-10.2008.8.12.0001) 190

Penhora. Imóvel doado antes do ajuizamento da execução. Ausência de registro. Irrelevância (0006065-65.2009.8.12.0008) 269

Penhora. Meação da mulher. Dívida contraída pelo marido. Benefício da família. Prova. Exclusão da meação (0100940-53.2006.8.12.0001) 092

Execução

Repetição de avaliação judicial. Desnecessidade. Ausência de vício (0605162-97.2012.8.12.0000/50000)....121

Execução fiscal

Ajuizamento da ação após falecimento do executado. Redirecionamento ao espólio e aos herdeiros. Impossibilidade (0002586-20.2012.8.12.0021) 331

IPTU. Imunidade tributária. Autarquia. Possibilidade. Contribuição de melhoria. Imunidade tributária não reconhecida (0901772-77.2011.8.12.0001) 032

IPTU. Prescrição. Data de início. Constituição definitiva do crédito (0052855-12.2001.8.12.0001) 317

Prescrição intercorrente. Ausência de contrafé. Impossibilidade de promover a citação. Reconhecimento de ofício da prescrição. Possibilidade (0612047-08.2004.8.12.0001).....045

Honorários advocatícios

Execução fiscal. Embargos do devedor. Ações autônomas. Cumulação com o valor fixado nos embargos. Possibilidade (4004145-70.2013.8.12.0000/50000) 130

Indenização

Acidente automobilístico. Morte da vítima. Nexo de causalidade demonstrado. Culpa comprovada. Reparação devida (0801253-82.2011.8.12.0005) 181

Assédio moral. Não comprovado. Ônus da prova do autor. Dano moral. Indenização indevida (0004347-69.2010.8.12.0017) 186

Danos materiais. Incêndio em pastagens. Concessionária de energia. Rompimento de cabo de alta tensão. Denunciação da lide. Contrato de seguro. Possibilidade (4006430-36.2013.8.12.0000) 235

Danos materiais. Responsabilidade civil do Estado. Furto. Correção monetária. Termo inicial (0001011-18.2011.8.12.0051) 278

Dano moral e material. Transporte aéreo. Violação de bagagem. Extravio de pertences. Indenização devida (0006514-39.2012.8.12.0001).....007

Dano moral. Falha na prestação de serviços de telefonia. Pessoa jurídica. Dano moral não caracterizado. Mero dissabor (0012112-45.2011.8.12.0021/50000).....307

Dano moral. Provedor. Mensagens de conteúdo ofensivo. Teoria da asserção. Não retirada em tempo razoável. Indenização devida. Quantum mantido (0063208-33.2009.8.12.0001) 081

Desapropriação indireta cumulada com obrigação fazer. Inversão do ônus da prova. Impossibilidade (4006986-38.2013.8.12.0000/50000) 328

Lâmina de cheque extraviada. Conta corrente encerrada. Cadastro de inadimplentes. Anotação indevida. Dano moral. Indenização devida. *Quantum* indenizatório (0017854-82.2009.8.12.0001).....247

Matéria jornalística. Animus narrandi. Dano moral não configurado. Direito de informação (0035180-21.2010.8.12.0001) 204

Passagem de ônibus. Reservada a pessoa idosa. Assento ocupado por terceiro. Impossibilidade de embarque. Dano moral. Configuração. Valor razoável e proporcional (0032095-61.2009.8.12.0001).....286

Utilização indevida do nome da autora como sócia de sociedade empresarial. Anulação de ato jurídico. Decadência. Impossibilidade. Necessidade de dilação probatória. Retorno dos autos à origem (0003263-61.2009.8.12.0019) 200

Mandado de Segurança

Certificado antecipado de conclusão do ensino médio. Candidato menor de 18 anos aprovado no ENEM. Direito líquido e certo. Ordem concedida (4002367-65.2013.8.12.0000).....114

Medida protetiva

Abrigamento. Idoso. Portador de graves problemas de saúde. Família sem condições financeiras para abrigá-lo (4000373-02.2013.8.12.0000) 338

Penhora

Salário. Impenhorabilidade. Possibilidade. Percentual limitado a 30% do salário

(4008449-15.2013.8.12.0000/50000) 165

Perdas e danos

Compra e venda de veículo. Impossibilidade de transferência. Existência de contrato de arrendamento mercantil. Certificado de registro do veículo. Ausência de gravame. Contrato não oponível a terceiro. Dano moral. Devido (0352399-42.2008.8.12.0001) 227

Show cancelado. Legitimação passiva do artista. Danos materiais. Comprovados. Danos morais. Indevidos (0002912-20.2011.8.12.0019).....173

Plano de saúde

Autorização parcial. Procedimento cirúrgico. Cobertura integral da cirurgia. Unimed Rio. Legitimidade passiva da Unimed Campo Grande. Dano moral devido. Majoração. Incabível (0027955-76.2012.8.12.0001) 311

Tratamento em hospital não conveniado**.** Risco de vida à saúde. Caução. Impossibilidade (4003830-42.2013.8.12.0000) 161

Tratamento quimioterápico. Negativa de cobertura. Cláusula abusiva. Reembolso das despesas (0009635-77.2009.8.12.0002/50000) 293

Processo administrativo

Cassação de CNH. Infração gravíssima. Período probatório (4005434-38.2013.8.12.0000).....149

Reclamação trabalhista

Trabalho temporário. Contratos sucessivos. Nulidade. FGTS. Devido (0020484-09.2012.8.12.0001) 298

Registro civil

Retificação. Ausência de justo motivo. Princípio da definitividade do assento civil (0800474-70.2012.8.12.0045/50000) 048

Seguro de vida

Cobrança. Prescrição. Afastada. Suicídio. Período de carência. Premeditação. Ônus da seguradora. Dano moral. Não verificado (0045138-60.2012.8.12.0001).....176

Seguro habitacional

Financiamento imobiliário. Morte do mutuário. Cancelamento do seguro. Notificação prévia do segurado. Quitação do contrato (0138574-49.2007.8.12.0001).....140

Tributário

ICMS. Transporte interestadual de mercadoria. Exportação. Isenção (1600088-35.2013.8.12.0000).....257

Tutela antecipada

Paciente idosa com câncer. Testemunha de Jeová. Tratamento sem transfusão de sangue. Área de cobertura. Plano de saúde. Formação de junta médica. Providência imprópria em tutela de urgência. Caução. Beneficiária da justiça gratuita (4006169-71.2013.8.12.0000).....154

União estável

Ação de reconhecimento. Convivente falecido. Não comprovação. Ônus da prova. Inteligência do art. 333, I, do CPC (0056193-81.2007.8.12.0001).....065

União estável *post mortem*

Ação de reconhecimento. Requisitos. Não comprovação (0039704-95.2009.8.12.0001).....015

***

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Arma de fogo

Posse. Arma desmuniciada em rancho da zona rural. Violação de domicílio. Prova ilícita. Atipicidade da conduta (4006338-58.2013.8.12.0000).....525

Posse ilegal. Abolitio criminis temporalis. Arma entregue voluntariamente à polícia. Erro de proibição configurado. Atipicidade da conduta (0004473-62.2013.8.12.0002).....494

Posse ilegal. Desclassificação. Munição. Uso de documento falso. Pena-base. Circunstâncias desfavoráveis. Fixação de regime aberto (0006144-60.2012.8.12.0001).....445

Posse irregular. Abolitio criminis. Inocorrência (0001442-05.2011.8.12.0002).....343

Ato infracional

Estupro de vulnerável. Vulnerabilidade presumida. Atipicidade material da conduta. Inexistência de lesão ao bem jurídico. Rejeição da representação (0052905-52.2012.8.12.0001).....410

Corrupção de menores

Crime formal. Idoneidade moral anterior do menor. Desnecessidade. Participação do adolescente comprovada. Fixação da pena. Reincidência (0047248-66.2011.8.12.0001/50000).....482

Crime de dano qualificado

Patrimônio público. Agente que danificou delegacia de polícia. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Confissão espontânea. Reincidência. Compensação. Regime alterado para o semiaberto. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – Não recomendável (0100715-88.2011.8.12.0023).....357

Denúncia

Peculato. Princípio da insignificância Possibilidade (0002624-74.2012.8.12.0007).....422

Disparo de arma de fogo

Abolitio criminis. Incabível. Absolvição. Disparo realizado dentro de uma residência. Ausência de perícia. Violação ao art. 158 do CPP. (0060049-82.2009.8.12.0001).....490

Furto qualificado

Absolvição. Autoria e materialidade comprovadas. Pena-base. Redução ao mínimo legal. Acolhida em parte. Fixação de regime semiaberto (0017980-98.2010.8.12.0001) 461

Habeas corpus

Crime ambiental. Trancamento da ação penal. Medida excepcional. Atipicidade da conduta. Constrangimento ilegal (4009003-47.2013.8.12.0000).....366

Internação provisória. Clínica de recuperação de dependentes químicos. Não acolhimento. Ausência de perícia. Ordem conhecida e denegada (4006931-87.2013.8.12.0000) 419

Homicídio qualificado

Acidente de trânsito. Nulidade do julgamento. Deficiência na quesitação. Inocorrência. Pena-base. Circunstâncias judiciais devidamente valoradas (0040505-74.2010.8.12.0001).....385

Indulto

Execução penal. Pena de prestação de serviços à comunidade. Concessão (1600111-84.2013.8.12.0000) 354

Lei Maria da Penha

Ameaça. Absolvição. Impossibilidade. Provas suficientes para condenação (0020991-38.2010.8.12.0001) 426

Medidas protetivas de urgência

Lei Maria da Penha. Recurso inadequado. Apelação criminal. Princípio da fungibilidade. Impossibilidade (4004165-61.2013.8.12.0000).....506

Princípio da insignificância

Furto. Rejeição (0010738-56.2008.8.12.0002).....377

Prisão em flagrante

Homicídio qualificado. Paciente idoso. Portador do vírus HIV. Liberdade condicional. Situação excepcional (4008713-32.2013.8.12.0000).....363

Prisão preventiva

Tráfico de entorpecentes. Função de batedor. Periculosidade concreta. Garantida da ordem pública. Segregação cautelar mantida (4006025-97.2013.8.12.0000).....429

Roubo qualificado

Emprego de arma. Concurso de agentes. Pena. Extensão dos efeitos do recurso. Possibilidade (0005587-87.2010.8.12.0019) 349

Tráfico de entorpecentes

Corrupção de menores. Crime formal. Idoneidade moral anterior do menor. Desnecessidade. Participação do adolescente comprovada. Condenação mantida (0004228-92.2011.8.12.0011/50000).....431

Desclassificação. Uso próprio. Ausência de prova quanto a traficância (0007908-78.2012.8.12.0002).....474

Excesso de prazo. Complexidade do processo não verificada. Constrangimento ilegal. Liberdade provisória. Aplicação de medidas cautelares (4005675-12.2013.8.12.0000) 380

Violência doméstica

Lesão corporal leve. *Sursis*. Substituição da prestação de serviços a comunidade por prestação pecuniária. Descabimento. Inexistência de previsão legal (0001836-85.2011.8.12.0010) 373

***