Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 35 - n. 192
Abril a Junho de 2014



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 35 - n. 192 - Abril-Junho de 2014

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 35, n. 192

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. 192 (2014)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2014 - .

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

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. 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

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Juiz Designado Vilson Bertelli

SUMÁRIO

Doutrina

JUIZ: AGENTE PÚBLICO E POLÍTICO.

Luiza Vieira Sá de Figueiredo 007

Jurisprudência Cível 008

Jurisprudência Criminal 350

Noticiário 505

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 536

Jurisprudência Criminal 539

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 542

Jurisprudência Criminal 546

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



JUIZ: AGENTE PÚBLICO E POLÍTICO[1]

Luiza Vieira Sá de Figueiredo[2]

SUMÁRIO: 1 - Introdução; 2 - O Judiciário como Poder de Estado; 3 - O Juiz como Agente Político; 4 - Gerindo Pessoas e Instituições; 5 - Considerações Finais; 6 - Referências.

1 – INTRODUÇÃO

Em trabalhos anteriores, abordaram-se novos paradigmas que se apresentam especificamente ao Poder Judiciário, para que ele consiga atender com eficiência e em tempo razoável as demandas que lhes são trazidas, em razão da necessidade de acompanhar o progresso social e a forma de administração da coisa pública, notadamente em decorrência das mudanças ocorridas no setor privado que repercutiram no setor público, reflexo por excelência da evolução da sociedade e das relações sociais.[3]

Destacou-se a importância do planejamento estratégico e do tratamento adequado de dados estatísticos coletados para o aprimoramento das instituições, com destaque para projetos que vinham sendo desenvolvidos (Justiça em Números; Supremo em Números e ICJ Brasil), além de outras pesquisas que vinham sendo realizadas pela área acadêmica do Poder Judiciário. Mais do que dados relativos ao funcionamento da Justiça, os indicadores mostram o que se passa na sociedade contemporânea. [4]

Na ocasião, enfatizou-se que a tão esperada eficiência do Poder Judiciário não depende apenas desse poder e dos seus membros, os quais vêm empreendendo esforços extraordinários e incansáveis nesse sentido nos últimos anos. Procurou-se demonstrar como a gestão, a estatística, a capacitação de seus quadros e o investimento em pesquisa para subsidiar políticas públicas são ferramentas que podem aprimorar a Administração da Justiça.

Salientou-se que se o Judiciário pretende efetivamente assumir a função de administração da justiça é necessário aumentar o diálogo com os demais poderes, bem como o número de juízes auxiliares à cúpula administrativa, despindo-se do preconceito (interno e externo ao poder) de que magistrado só tem de julgar e que aqueles afastados da judicatura em razão de cargos administrativos "não fazem nada", pois se a prerrogativa do Judiciário é de autogoverno, haverá aqueles que julgam e haverá aqueles que administram, ainda que temporariamente.

Ressaltou-se, por fim, a importância de aqueles que estejam à frente da Administração do Poder Judiciário estarem atentos às mudanças de ideias que estão acontecendo, haja vista a quantidade de cursos que a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), a Escola Nacional da

1 Capítulo do livro GESTÃO EM PODER JUDICIÁRIO – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GESTÃO DE PESSOAS (Editora CRV, 2014), com adaptações.
2 Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra; Magistrada.
3 GESTÃO NO PODER JUDICIÁRIO E NOVOS PARADIGMAS. Revista Trimestral de Jurisprudência. Ano 32 - n. 182 - Outubro-Dezembro de 2011, TJMS.
4 GESTÃO E ESTATÍSTICA NO PODER JUDICIÁRIO: FERRAMENTAS PARA EXCELÊNCIA. Ano 33 - n. 184 - Abril-Junho de 2012, TJMS.

Magistratura (ENM) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estão disponibilizando aos magistrados, seja pela própria instituição, seja pelas parcerias com renomadas instituições de ensino, no Brasil e no exterior.

No presente trabalho, reforçam-se essas ideias, com destaques para a visão do Poder Judiciário como Poder de Estado e do juiz como agente público e político. Os administradores do Judiciário conjuntamente com as Escolas judiciais precisam estar atentos para as demandas atuais, dentre as quais, a qualificação em gestão publica e gestão de pessoas, além da capacitação em direito, que já é oferecida. O conteúdo do artigo faz parte do livro *Gestão em Poder Judiciário – Administração Pública e Gestão de Pessoas* (Editora CRV, 2014), o qual reúne informações sobre esses dois eixos da Administração do Judiciário de forma mais elaborada.

2 - O JUDICIÁRIO COMO PODER DE ESTADO

A Constituição Federal estabelece que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (artigo 2º), abraçando a clássica concepção de Montesquieu que prevaleceu na maioria dos Estados modernos, principalmente no ocidente. Embora o senso comum associe a atuação política aos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário possui uma face nitidamente política, proveniente não só de sua capacidade de exercer o controle da constitucionalidade de leis e atos originários dos demais poderes do Estado, mas também em razão da atuação de seus membros.

Com efeito, o juiz participa na política na medida em que "desempenha um papel considerado adequado para assumir a cumplicidade de partilhar os valores e interesses dos grupos e indivíduos que perante ele reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores político-representativos."[5] É assente da doutrina a afirmação de que a atuação do Poder Judiciário ganhou maior relevo após a promulgação da Carta de 1988, conhecida como "A Constituição Cidadã", que aumentou o rol de direitos e destacou a função judicial como a de garanti-los, seja prevenindo lesão ou reparando-a. Além do rol dos direitos individuais, o constituinte de 1988 também se debruçou sobre os direitos sociais e os coletivos.

Sadek, ao discorrer sobre esses direitos, afirma que "os direitos civis e políticos tem por base o indivíduo, exigindo para sua efetivação a limitação do poder público, um Estado mínimo. Já os direitos sociais, também denominados de direitos de segunda geração, requerem políticas públicas que, ao reconhecerem a exclusão, objetivem uma justiça distributiva".[6] Destaca que, em relação a garantia dos direitos sociais, "é necessário um Estado atuante, no sentido de providenciar a concretização dos direitos à saúde, ao trabalho, à educação, à moradia, à aposentadoria, etc."[7] Para Sadek, então, nesse novo contexto político-jurídico, marcado pelos direitos sociais e pelo Estado do Bem Estar Social, "modifica-se inteiramente o perfil do poder público e também da justiça estatal", que tem de garantir não apenas as liberdades negativas, mas também assegurar as liberdades positivas.[8]

Houve, pois, o alargamento da margem de atuação do Judiciário, chamado a analisar e decidir causas relevantes para a sociedade, não raro por violação ou omissão dos demais poderes, tornando-se coparticipante das ações afirmativas e iniciativas sociais. O Poder Judiciário insere-se nesse contexto como

5 CANOTILHO, J.J. Gomes. O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO CIÊNCIA DE DIREÇÃO – O NÚCLEO ESSENCIAL DE PRESTAÇÕES SOCIAIS OU A LOCALIZAÇAO INCERTA DA SOCIALIDADE (CONTRIBUTO PARA A REABILITAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃOSOCIAL). In Direitos Fundamentais Sociais. CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Barcha (Org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

6 SADEK, Maria Tereza. *Justiça e direitos: a construção da igualdade.* In CIDADANIA, UM PROJETO EM CONSTRUÇÃO – Minorias, Justiça e Direitos. BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz (Orgs.). São Paulo: Claro Enigma Editora, p. 34-35.

7 Idem, ibidem.

8 Idem, ibidem, p. 35.

"uma força de emancipação", na medida em que é "a instituição pública encarregada, por excelência, de fazer com que os preceitos da igualdade, estabelecidos formalmente, prevaleçam na realidade concreta."[9]

3 - O JUIZ COMO AGENTE POLÍTICO

Apreende-se do conceito doutrinal que o juiz é algo mais do que somente agente público. É, também, e, sobretudo, nos dias atuais, agente político. Os anseios por transformações no seio do judiciário vêm ao longo dos últimos anos, requisitando o juiz fora do gabinete. De uma forma mais clara (pragmática) e regulada, as exigências das visitas carcerárias mensais, bem como a inspeção mensal aos abrigos infantis servem como exemplos e sugerem reflexões sobre a nova postura a se exigir do juiz contemporâneo.

Com regularidade tem-se visto noticias vinculadas na imprensa de projetos idealizados e gestados por magistrados. Isso demonstra, em primeiro lugar, a fragilidade do Poder Executivo em desenvolver as políticas públicas sociais previstas em lei, e também a fragilidade da própria sociedade em se organizar para cobrar tais políticas. Aí se insere o Poder Judiciário, enquanto guardião dos direitos consagrados na Constituição Federal. É nesse compasso, sobretudo nessa ótica das funções e atribuições do órgão chamado juiz conforme insculpido no artigo 92 da Constituição Federal que se propõe a reflexão nas próximas linhas. [10]

Os magistrados, seja individualmente na primeira instância ou em colegiados na segunda instância, exteriorizam a atuação do Poder Judiciário; são instrumento para se alcançar a prestação jurisdicional. Com efeito, o Estado é uma entidade abstrata que, embora com personalidade jurídica própria, atua através de seus representantes (eleitos ou selecionados por concurso público de provas e títulos): os agentes públicos *lato sensu*. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal situa a categoria dos magistrados como agentes políticos.[11]

Segundo Meirelles, os agentes políticos constituem categoria própria de agentes públicos que deles se distinguem por exercerem atribuições constitucionais e atuarem com ampla liberdade funcional "desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais".[12] Acrescenta o referido autor que "a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções". E conclui que "as prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais (ou institucionais, no contexto em que ora se o comenta); são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções

9 Idem, ibidem, p. 36.

10 Artigo 92 da Constituição Federal: São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. O conceito de órgão, por sua vez, é trazido pelo dicionário como "parte ou estrutura de um organismo ou corpo vivo, adaptada a uma determinada função; cada uma das partes de um mecanismo que exerce uma função especial; pessoa, publicação ou coisa de que nos servimos para tornar conhecida a nossa vontade ou ideia; intermediário, meio" e ainda: "diz-se de tudo que serve de instrumento ou meio para se conseguir alguma coisa." Dicionário Michaelis. Editora Melhoramentos.

11 Destaca-se a ementa de um desses julgados: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AÇÃO REPARATÓRIA DE DANO POR ATO ILÍCITO. ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA. 2. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO ESTADO. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. RE 228977/SP - SÃO PAULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator (a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 05/03/2002. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 12-04-2002 PP-00066. EMENT VOL-02064-04 PP-00829.

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 77.

governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e de decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados."[13]

As considerações doutrinárias de Meirelles abarcam elucubrações mais profundas quando se debruça sobre a atividade jurisdicional na atualidade. Isso porque, sem dúvida, as mudanças que se operaram e ainda se operam na sociedade (evolução tecnológica, avanços da medicina, complexidade da vida moderna, etc.) e a própria Constituição Federal de 1988 acentuam o papel de agente político do magistrado.[14]

O legislador, além de não conseguir regular todas as possíveis hipóteses que demandam regulamentação prática, nem sempre consegue acompanhar, através da edição de leis, a velocidade com que as alterações se encadeiam nas relações sociais. Nesse contexto é que sobressai a atuação política do magistrado. Política como "forma de atuação do homem público quando visa a conduzir a Administração a realizar o bem comum."[15] E, enquanto atitude do homem público, a política "difunde-se e alcança todos os setores da Administração, quando os governantes – e aqui incluímos os dirigentes dos três Poderes – traçam normas ou praticam atos tendentes a imprimir, por todos os meios lícitos e morais, os rumos que conduzem a atividade governamental ao encontro das aspirações médias da comunidade."[16]

Sako analisa o papel relevante do juiz moderno na entrega da tutela jurisdicional estatal dentro de uma moderna e atual visão e compreensão transdisciplinar dotado de um modo novo de aplicar o direito, que numa interpretação criativa assegure que a jurisdição possa dar solução ao fato concreto tendo o direito como fator de inclusão social e o processo como instrumento público comprometido com os fins do Estado, objetivando a concretização da promoção da justiça social, realizando os fins objetivados pela Constrição na promoção da justiça social.[17] Freitas oportunamente adverte para a necessidade de se afastar qualquer confusão entre politização e partidarização do Poder Judiciário: ao se admitir, paulatinamente, que "a atividade judicial possui um conteúdo acentuadamente político, inclusive porque os Poderes do Estado desempenham funções políticas, o que se deve combater é, unicamente, a chamada partidarização do Poder Judiciário."[18]

Segundo Rangel, é necessário "identificar no magistrado um ator político com a responsabilidade de fazer efetivar direitos e garantias individuais que, muitas vezes, são negados pelo executivo pelas mais diversas razões, acarretando no cidadão uma descrença com a política, necessitando proteção à Constituição e à legislação ordinária dos ataques que maiorias conjunturais e passionais intentarem."[19] Para ele, "o juiz político faz nascer uma magistratura independente e criativa que não pode ser confundida com a "partidarização da jurisdição", isto é, substituir o político pelo juiz seria comprometer a forma de operação e reprodução dos sistemas jurídico e político das sociedades complexas, reduzindo drasticamente o espaço de democracia."[20] Mariano adverte que "o juiz precisa ter consciência do seu papel como transformador da sociedade" e, inserindo-se nesse contexto, afirma: "somos juízes para concretizar a igualdade, para viabilizar a integração dos menos favorecidos e, assim, promover a transformação social."[21]

Campilongo, ao discorrer sobre a função política do magistrado, constata um paradoxo: "o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente, mas deve,

13 Idem, ibidem, p. 79.

14 BERTELLI, Vilson; SÁ, Luiza Vieira. *Magistratura: história, legislação e realidade*. Campo Grande: TJMS, 2009, p. 56.

15 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 45.

16 Idem, ibidem.

17 SAKO, Emília Simeão Albino *apud* BERTELLI, Vilson; SÁ, Luiza Vieira. *Magistratura: história, legislação e realidade.* Campo Grande: TJMS, 2009.

18 FREITAS, Ricardo de Brito *apud* BERTELLI, Vilson; SÁ, Luiza Vieira. *Magistratura: história, legislação e realidade.* Campo Grande: TJMS, 2009.

19 RANGEL, Paulo. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA: O JUIZ POLÍTICO. Revista Justiça e Cidadania. Edição 146. Outubro de 2012.

20 Idem, ibidem.

21 MARIANO, Leila. COMPROMISSO COM O RESULTADO. Revista Justiça e Cidadania. Edição 146. Outubro de 2012.

igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Sem romper com a cláusula operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político." Conclui que a politização da magistratura, nesses termos, é algo inegável.[22]

Para Calmon, "o juiz fazedor de processos é coisa do passado". Em participação no III Curso de Participação Funcional de Magistrados, realizado na Enfam em abril de 2013, a ministra declarou estar convencida de que "o Judiciário poderá mudar os destinos de nosso país e essa é a função do magistrado do século XXI." Ponderou a necessidade dos novos magistrados, capacitados pela Enfam, quebrarem o modelo do juiz que pensa ser o julgamento de processos sua única atividade.[23]

Com efeito, o que se observa dos relatos alhures destacados é a expectativa de uma nova postura para o juiz moderno. A sociedade espera que o juiz saia do seu gabinete para melhor compreender a realidade à sua volta, de modo a alinhar-se com as questões que afligem a comunidade na qual está inserido; espera-se um juiz menos técnico e mais humano.

Mas para o juiz sair do gabinete é necessário que ele tenha efetivamente uma estrutura de apoio – assessoria qualificada – de modo que ele possa se ocupar de questões privativas a sua atuação, delegando o que for possível a auxiliares. Entretanto, ao menos na justiça estadual, poucos são os Tribunais de Justiça que possuem quadro funcional estruturado de assessoria para os juízes do interior, por exemplo. Assim, o magistrado, não raro, tem de desempenhar sozinho atividades que poderiam ser diligentemente delegadas, por ele apenas coordenadas, e se vê assoberbado de tarefas que diuturnamente lhe consomem o tempo e a energia que deveriam ser investidos em atividades indelegáveis.

As funções do agente público podem ser desempenhadas por auxiliares, sob diligente supervisão; as do agente político, entretanto, são personalíssimas. Essa questão se sobreleva no interior dos Estados, especialmente nas cidades de menor porte, onde o papel do juiz como agente político sobressai, pois como uma das principais autoridades locais, pode reunir dirigentes e movimentar lideranças para propor soluções preventivas de demandas judiciais e que muito contribuirão para a comunidade, principalmente em áreas como infância e juventude, meio ambiente e execução penal.

Um juiz em início de carreira na justiça estadual, por exemplo, viverá acumuladamente a experiência de ser juiz da infância e juventude; do meio ambiente; da execução penal; do juizado especial (cível e criminal); juiz corregedor dos cartórios judiciais e extrajudiciais; juiz do cível; das causas tributárias; membro nato do Conselho da Comunidade (previsto na Lei de Execução Penal) e possivelmente de outros órgãos comunitários, a depender da realidade local. Em algumas comarcas, também será o juiz das causas previdenciárias de competência federal delegada; o juiz eleitoral; inspecionará delegacias e entidades de acolhimento; lançará relatórios de visitas carcerárias e de interceptação telefônica; será responsável pelo cadastro nacional de adoção (CNA); realizará consultas em sistemas informatizados e integrados com outros órgãos, tais como BACENJUD (Banco Central), RENAJUD (Detran), INFOJUD (Receita Federal), SIEL (Cadastro Eleitoral), além de fazer as requisições de pagamento de créditos judiciais à Fazenda Pública (precatórios eletrônicos), dentre outras tantas responsabilidades, judiciais e administrativas, colocadas sobre o membro menos experiente do corpo jurídico do Estado.

Lopes da Costa já destacava que "o juiz não é um órgão simples, mas complexo, que, para distinguir do juiz individualmente considerado, poderíamos chamar de juízo. Com efeito, o juiz não exerce sozinho todas as funções jurisdicionais. Da documentação, que é um dos seus poderes, participa o escrivão. Da

22 CAMPILONGO, Celso Fernandes *apud* RANGEL, Paulo. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA: O JUIZ POLÍTICO. Revista Justiça e Cidadania. Edição 146. Outubro de 2012.

23 Disponível em www.enfam.jus.br.

execução, o oficial de justiça."[24] E justamente por não exercer sozinho todas as funções jurisdicionais, não basta ao juiz ter conhecimento jurídico, mas é imprescindível que seja um bom gestor de pessoal, de modo que os atos jurisdicionais possam ter um bom andamento, resultando na prestação jurisdicional efetiva da qual tanto se fala e se almeja na atualidade. Kanaane, Fiel Filho e Ferreira advertem que "a gestão eficiente decorre do conhecimento pleno da função do agente público enquanto legítimo representante do Estado, para atuar no interesse público."[25]

Observa-se, assim, a dimensão pública e política na atuação do magistrado. No primeiro caso, no exercício de atividade vinculada à lei ou à norma técnica, servidor público, sujeito a rotinas de trabalho e a hierarquias funcionais, em especial na condução da unidade judiciária em que atua; no segundo, através da conduta independente exercida com responsabilidade funcional e política, com autonomia, mas delineada nas normas constitucionais e na finalidade do ato, que estará sempre vinculado ao interesse público, à pacificação social e ao bem-estar da coletividade.

É relevante saber o magistrado atuar em cada dimensão no exercício de suas funções. Prado discorre acerca de vícios estruturais na organização da carreira, apesar de toda a regulação constitucional acerca do tema, que "põem o juiz num papel carreirista mais atento à promoções que ocorrem com base na apreciação dos membros dos tribunais do que na boa distribuição da justiça".[26] Adverte que "essa forma de organização pode levá-lo ao conformismo em relação às orientações vindas de cima" e resume: "trata-se do juiz funcionário público, reverso do juiz integral [...] advindo na maioria dos casos de categorias funcionais que desempenham incumbências rotineiras, traz para a judicatura o modo de trabalhar do cargo de origem, avesso à criatividade", com resistência "em utilizar novas formas de solução para antigas questões, prendendo-se à jurisprudências muitas vezes ultrapassadas."[27] Acrescenta a autora que "a restrição do direito à norma – de caráter abstrato e geral – não consegue conviver com a nova ideia de Justiça, que implica uma grande confiança do poder criativo do julgador, de quem se espera uma sensibilidade muito refinada para lidar com o sempre mutante contexto social.[28]

Pondera, ademais, que "a ênfase dada ao método científico e ao pensamento racional, estendida para as ciências ditas humanas, gerou uma dificuldade de compreensão do mundo." Assim, "o homem, que aprendeu a dissecar o objeto de sua observação para entendê-lo, tornou-se um especialista em partes, mas ignorante em relação á totalidade."[29]

Nesse contexto, "a interdisciplinaridade é considerada como a mais recente tendência da teoria do conhecimento, decorrência obrigatória da modernidade, possibilitando que, na produção do saber, não se incida nem no radical cientificismo formalista (objetivismo), nem no humanismo exagerado (subjetivismo)." O saber interdisciplinar "caracteriza-se por ser obtido a partir da predisposição para o encontro entre diferentes pontos de vista (diferentes consciências), o que pode levar, criativamente, à transformação da realidade."[30] A autora sustenta, pois, que uma importante reforma a ser efetuada é "na formação dos magistrados, pois aquela atualmente oferecida reforça a postura convencional do ensino universitário, que enfatiza o legalismo na prestação jurisdicional." Acredita ser esse "o principal motivo pelo qual vários juízes não se preocupam com o destino das pessoas e dos grupos envolvidos no processo, assim como pelas consequências que suas sentenças terão na vida dos litigantes." Defende que vivências de alteridade são necessárias para que o juiz possa realizar, com maior plenitude, a justiça do caso concreto.[31]

24 COSTA, Lopes da. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 68.
25 KANAANE, R.; FIEL FILHO, A.; FERREIRA, M. das G. (Orgs). *Gestão Pública***.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 30.
26 PRADO, Maria Lígia de Almeida. *O Juiz e a Emoção*. Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. 6ª ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 94
27 Idem, ibidem.
28 PRADO, Maria Lígia de Almeida. Op. Cit. p. 95.
29 Idem, ibidem, p. 31.
30 Idem, ibidem, p. 32.
31 Idem, ibidem, p. 92.

4 - GERINDO PESSOAS E INSTITUIÇÕES

A função do juiz não é apenas jurisdicional. Cada vez mais se fala em gestão e administração no âmbito do Poder Judiciário e a cúpula administrativa desse poder tem demonstrado estar atenta e preocupada com a formação do juiz para o enfrentamento dos desafios que a modernidade tem trazido.

A Enfam – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – foi criada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, cabendo-lhe, dentre outras atribuições, regulamentar os cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira. A Escola, que funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, parágrafo único, I, Constituição Federal), foi instalada em solenidade no Superior Tribunal de Justiça no dia 12 de abril de 2007.

Logo após sua instalação, a Enfam editou duas Resoluções visando a implementar a sua missão constitucional. A n. 01, de 17-9-2007, dispôs sobre o curso de formação para ingresso na carreira; e a de n. 02, de 17-9-2007, dispôs sobre os cursos de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento e promoção dos magistrados de carreira, ou seja, já admitidos através do concurso e no exercício de suas atividades. Ambas entraram em vigor em 1-1-2008 e foram regulamentadas pelas Instruções Normativas n. 1 e n. 2, respectivamente, ambas de 6-2-2008.

Dentre as alterações implementadas pelos referidos atos normativos, estabeleceu-se que a metodologia do curso de formação para ingresso na carreira consistiria não só em aulas e eventos, presenciais e à distância, mas também em estudos de casos, com ênfase na formação humanística e programática. Dentre o conteúdo programático mínimo do curso estavam previstos temas como "relações interpessoais e interinstitucionais", "difusão da cultura de conciliação como busca da paz social" e "impacto econômico e social das decisões judiciais".

Esses atos normativos foram posteriormente complementados pela Resolução n. 2, de 16-3-2009, que estabeleceu diretrizes para os conteúdos programáticos mínimos dos cursos de formação para ingresso na magistratura e de aperfeiçoamento para magistrados de carreira. Quanto ao curso de ingresso, os conteúdos programáticos mínimos devem ser distribuídos ao menos em 240 horas-aula, nos seguintes termos: (a) elaboração de decisões e sentenças e realização de audiências; (b) relações interpessoais e interinstitucionais; (c) deontologia do magistrado; (d) ética; (e) administração judiciária, incluindo gestão administrativa e de pessoas; (f) capacitação em recursos da informação; (g) difusão da cultura de conciliação como busca da paz social; (h) técnicas de conciliação; (i) impacto econômico e social das decisões judiciais; e psicologia judiciária. A resolução estabelece ainda que todos os conteúdos programáticos, na medida do possível, deverão tratar de casos concretos atinentes aos temas.

Para os magistrados vitaliciandos os temas devem obrigatoriamente abordar: (a) alterações legislativas; (b) situações práticas da atividade judicante; (c) temas teóricos relativos às matérias jurídicas e disciplinas afins (tais como filosofia, sociologia e psicologia); e (d) gestão administrativa e de pessoas. Para os demais conteúdos, a Resolução faculta aos tribunais a liberdade de conformar o processo de formação permanente e continuada de seus juízes a partir de demandas mais pontuais, podendo, se quiserem, optar por alguns dos conteúdos programáticos ofertados nos cursos de formação para ingresso e nos de aperfeiçoamento para os vitaliciandos, observada sempre a necessidade de aplicação de instrumentos de avaliação para cada ação formativa, entre eles o caso concreto.

O ato normativo atualmente em vigor, entretanto, é a Resolução n. 1, de 6-6-2011, que revogou as resoluções anteriores e manteve, com ressalvas, as diretrizes da Resolução n. 2/2009. A ideologia, contudo, permaneceu a mesma. O conteúdo programático mínimo dos cursos de formação para ingresso na magistratura passou a compreender: I - elaboração de decisões e sentenças e realização de audiências; II - relações interpessoais e interinstitucionais; III - deontologia da magistratura; IV - ética; V - administração

judiciária, incluindo gestão administrativa e de pessoas; VI - capacitação em recursos da informação; VII - difusão da cultura de conciliação como busca da paz social; VIII - técnicas de conciliação e psicologia judiciárias; IX - impacto econômico e social das decisões judiciais.

A preocupação com a capacitação do magistrado iniciante deu origem à disciplina *Magistratura – Vocações e Desafios*, cujo programa foi elaborado pela equipe pedagógica da Enfam. O curso contempla quatro módulos: a vocação para a magistratura; a interdisciplinaridade da atividade judicante; desafios presentes e futuros da magistratura; e a ética na atividade judicante. Nesse conteúdo programático, abordam-se as competências e habilidades do ofício da magistratura, especialmente diante do aumento progressivo da demanda judicial, da morosidade processual e da necessidade de capacitação permanente do magistrado. Discutem-se as "novas tecnologias de informação, o excesso de formalismo, a participação do magistrado na realidade social e os diversos meios de solução dos conflitos, além da qualidade da prestação jurisdicional e do compromisso com a satisfação do jurisdicionado."[32] O curso destaca o magistrado enquanto agente de poder e prestador de um serviço público essencial. Para o secretário-executivo da Enfam, Benedito Siciliano, "a atividade do juiz deve ser múltipla e essa disciplina vai abordar justamente a questão do juiz sociólogo, do psicólogo, do gestor, do mediador, do comunicador e, ao mesmo tempo, do juiz enquanto agente de poder".

Nesse contexto, o que se observa Brasil a fora são projetos, nas mais diversas áreas, criados e/ou geridos pelo Poder Judiciário. Nas próximas linhas, destacam-se algumas iniciativas na área da Infância e Juventude e na área da Administração Judiciária, apenas a título exemplificativo, reconhecendo-se, de antemão, a existência de várias iniciativas dignas de replicação.

A 1ª Vara da Infância e da Juventude (1ª VIJ) do Distrito Federal (DF) criou, em 2006, a *Rede Solidária Anjos do Amanhã*, programa de voluntariado que atualmente faz parte da sua estrutura organizacional e tem como missão gerar oportunidades para que crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, residentes no DF, de modo que elas possam ter acesso aos direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. O programa nasceu da ideia de reunir e cadastrar ações voluntárias e cruzá-las com as necessidades apresentadas pelos jurisdicionados da 1ª VIJ, de modo a lhes oferecer os recursos adequados ao seu pleno desenvolvimento físico, psíquico e social. A Rede "vem ao encontro da postura proativa do Poder Judiciário, que se reveste de caráter preventivo e alternativo de cumprimento de medidas protetivas e socioeducativas. A intenção não é substituir as políticas públicas, mas incentivar a corresponsabilidade entre Estado e sociedade, tendo como beneficiários diretos as crianças e os adolescentes do Distrito Federal."[33]

O Programa *Justiça ao Jovem* foi criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Lançado em junho de 2010, sob a denominação de *Medida Justa*, foi idealizado para que os adolescentes sob custódia do Estado tivessem tratamento diferenciado dos adultos, atendidos pelo *Mutirão Carcerário*. A primeira etapa do projeto consistiu em mapear as unidades de internação de todos os estados brasileiros e do Distrito Federal, diagnosticando a situação das medidas socioeducativas em todo o Brasil. A segunda etapa do programa teve início com a edição da Lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). O foco agora, conforme informações do CNJ, está no aperfeiçoamento das Varas da Infância e Juventude com competência infracional, através da realização de cursos e treinamentos conduzidos por magistrados com experiência na área de execução de medida socioeducativa e por técnicos do Judiciário, como assistentes sociais, psicólogos e pedagogos.

Igualmente coordenado pelo CNJ, o Justiça nas Escolas tem o desiderato de aproximar o Poder Judiciário e as instituições de ensino do país no combate e na prevenção dos problemas que afetam crianças e adolescentes. A proposta do programa, desenvolvido em parceria com as Coordenadorias de Infância e

32 Disponível em www.stj.jus.br/notícias.

33 Disponível em www.tjdft.jus.br.

Juventude dos Tribunais de Justiça de todo o país, associações de magistrados e órgãos ligados à educação, é debater temas como combate às drogas, *bullying*, violência nas escolas, evasão escolar, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e cidadania, com a participação de juízes, professores, educadores, técnicos em psicologia e serviço social, alunos e pais e demais interessados. Por meio dessas discussões, busca-se estimular o trabalho articulado entre as instituições de Justiça e de Educação.[34]

O *Projeto Padrinho* foi criado no ano de 2000 no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, com a finalidade de convocar a sociedade para se aproximar da realidade das famílias carentes de seu município e assim minimizar o sofrimento de crianças e adolescentes. Por meio da doação de bens, serviços e afetividade pelos padrinhos às famílias, muitas crianças que vivem em instituições de acolhimento conseguem retornar aos seus lares. Existem diferentes modalidades de apadrinhamento: o padrinho afetivo dispensa carinho e atenção especial à criança institucionalizada, por meio de passeios nos finais de semana; o padrinho voluntário desempenha trabalho esporádico nas entidades de acolhimento; e o padrinho prestador de serviço doa sua habilidade profissional ou fornece ajuda material. Em 2007, o Projeto Padrinho foi nacionalmente reconhecido ao vencer o concurso "Mude um Destino", promovido pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), na categoria Poder Judiciário. Em 2012, o projeto foi novamente premiado, desta vez, com menção honrosa no "I Prêmio CNJ Infância e Juventude", promovido pelo CNJ.[35]

Como mencionado alhures, embora a função jurisdicional seja a precípua na atuação do magistrado, ela não é a única. Cada vez mais se fala em gestão e administração no âmbito do Poder Judiciário em especial como ferramenta para o enfrentamento dos desafios que a modernidade tem trazido ao Judiciário. Nesse contexto da modernidade, Supiot faz interessante comparação entre a administração do Estado e de Empresas privadas.

> *A diferença entre o Estado e a Empresa é menos uma questão de estrutura do que de uma de Referência. O Estado é referido a valores qualitativos, suprapatrimoniais; ele é encarregado do destino dos homens e seu horizonte é o tempo longo da vida dos povos. A empresa é referida a valores quantitativos, patrimoniais; é encarregada da realização de produtos ou de serviços e seu horizonte é o tempo curto dos mercados. É isso que deixa tão apavorante a ideia, hoje difundida, de que se deve administrar o Estado como se administra uma empresa e que não há diferença de natureza entre o poder econômico, o poder político e o poder administrativo. Não deixa de ser verdade que as mesmas questões organizacionais se apresentam aos Estados e às empresas e que suas estruturas seguiram na história evoluções em geral paralelas. Assim como os Estados, as grandes empresas hoje se confrontam com a impossibilidade de decidir tudo no topo e devem inventar novos modos de governo dos homens.* [36]

O Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Conselheiro do CNJ, preside a *Comissão de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento* do referido conselho, cujo desafio é justamente convencer os magistrados da importância do planejamento na administração dos tribunais. Para ele, a gestão estratégica é fundamental para "mudar a Justiça" e tornar a prestação jurisdicional mais eficiente; "o juiz não é administrador", pois "na prova para ingresso na magistratura não se exige conhecimento de administração". Entretanto, defende o Ministro que o juiz tem de se qualificar para ser um administrador. Para ele: "nós temos de viver o Brasil novo. O administrador tem de conhecer um pouco de administração, tem de ter formação, tem de entender de orçamento, tem de entender de empenho, de licitação, de gestão de pessoas. Não precisa ser especialista, mas ele dirige o trabalho, então tem de entender."[37]

34 Disponível em www.cnj.jus.br/notícias.

35 Disponível em http://abraminj.org.br/.

36 SUPIOT, Alan. HOMO JURIDICUS – Ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 219.

37 Disponível em www.cnj.jus.br/notícias.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe uma dimensão pública e uma dimensão política na atuação do magistrado. No primeiro caso, evidencia-se no exercício de atividade vinculada à lei ou à norma técnica; sua atuação como servidor público em sentido amplo, sujeito a rotinas de trabalho e a hierarquias funcionais, em especial na condução da unidade judiciária em que atua. A dimensão política se externa através da conduta independente exercida com responsabilidade funcional e política, com autonomia, mas delineada nas normas constitucionais e na finalidade do ato, que estará sempre vinculado ao interesse público, à pacificação social e ao bem-estar da coletividade.

É relevante saber o magistrado atuar em cada dimensão no exercício de suas funções. Prado discorre acerca de vícios estruturais na organização da carreira, que "põem o juiz num papel carreirista mais atento à promoções que ocorrem com base na apreciação dos membros dos tribunais do que na boa distribuição da justiça".[38] Adverte que "essa forma de organização pode levá-lo ao conformismo em relação às orientações vindas de cima" e resume: "trata-se do juiz funcionário público, reverso do juiz integral [...] advindo na maioria dos casos de categorias funcionais que desempenham incumbências rotineiras, traz para a judicatura o modo de trabalhar do cargo de origem, avesso à criatividade", com resistência "em utilizar novas formas de solução para antigas questões, prendendo-se à jurisprudências muitas vezes ultrapassadas."[39]

Nesse contexto, "a interdisciplinaridade é considerada como a mais recente tendência da teoria do conhecimento, decorrência obrigatória da modernidade, possibilitando que, na produção do saber, não se incida nem no radical cientificismo formalista (objetivismo), nem no humanismo exagerado (subjetivismo)."[40] As escolas de magistratura, atentas à essa nova realidade, tem empreendido esforços conjuntos para promover a formação inicial e continuada de magistrados. Não há dúvidas de que novos desafios se apresentam para o Poder Judiciário, enquanto poder de Estado, em especial no tocante à reorientação de perspectivas estruturantes, tais como a atuação de seus membros, cada vez mais chamados a contemplar uma dimensão ampla e abrangente de atuação na sociedade.

6 – REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MAGISTRADOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. Disponível em http://abraminj.org.br/.

BERTELLI, Vilson; SÁ, Luiza Vieira. **Magistratura: história, legislação e realidade.** Campo Grande: TJMS, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO CIÊNCIA DE DIREÇÃO – O NÚCLEO ESSENCIAL DE PRESTAÇÕES SOCIAIS OU A LOCALIZAÇAO INCERTA DA SOCIALIDADE (CONTRIBUTO PARA A REABILITAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO SOCIAL). In **Direitos Fundamentais Sociais.** CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Barcha (Org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em www.cnj.jus.br/notícias.

COSTA, Lopes da. **Manual Elementar de Direito Processual Civil.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Editora Melhoramentos.

38 PRADO, Maria Lígia de Almeida. *O Juiz e a Emoção*. Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. 6ª ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 94

39 Idem, ibidem.

40 Idem, ibidem.

KANAANE, R.; FIEL FILHO, A.; FERREIRA, M. das G. (Orgs). **Gestão Pública**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARIANO, Leila. **Compromisso com o resultado**. Revista Justiça e Cidadania. Edição 146. Outubro de 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

PRADO, Maria Lígia de Almeida. **O Juiz e a Emoção**. Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. 6ª ed., São Paulo: LTr, 2013.

RANGEL, Paulo. **O processo penal como instrumento de garantia: o juiz político**. Revista Justiça e Cidadania. Edição 146. Outubro de 2012.

SADEK, Maria Tereza. JUSTIÇA E DIREITOS: A CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE. In C**idadania, um projeto em construção – minorias, justiça e direitos.** BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz (Orgs.). São Paulo: Claro Enigma Editora.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em www.stj.jus.br/notícias.

SUPIOT, Alan. **Homo Juridicus – Ensaio sobre a função antropológica do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Disponível em www.tjdft.jus.br.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



2ª Câmara Cível
Apelação n. 0000791-39.2008.8.12.0014 - Maracaju
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA DE IMÓVEL – BEM QUE NÃO SE ENQUADRA NAS EXCEÇÕES DE IMPENHORABILIDADE DO ART. 649, VII, DO CPC – POSSIBILIDADE DE PENHORA SOBRE IMÓVEL GRAVADO COM HIPOTECA, DESDE QUE GARANTIDO O DIREITO DE PREFERÊNCIA DO CREDOR HIPOTECÁRIO – NULIDADE DA PENHORA AFASTADA – FALTA DE INTIMAÇÃO DA CÔNJUGE SUPRIMIDA PELO COMPARECIMENTO EM JUÍZO – 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, 27 de maio de 2014.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Siderlei Aparecida Scoparo Zuntini com relação à sentença proferida nos autos de embargos de terceiro que lhes move Agro Bonser Comércio e Representações Ltda, consistente na improcedência dos pedidos para declarar a regularidade da penhora efetivada na Ação de Execução n. 014.99.000031-5.

Condenou a recorrente ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado, fixados em R$ 5.000,00, conforme disposição do art. 20, § 4° do CPC.

Pede a reforma da sentença sob o argumento de que o imóvel penhorado não pode ser dividido, em razão da impossibilidade de fracionamento da área em tamanho inferior aos "módulos de propriedade rural", nos termos do art. 65, *caput*, da Lei n. 4.504//64 - Estatuto da Terra.

Aduz que a cota pertencente ao executado, correspondente a 12,5% da totalidade do imóvel, já respeitado seu direito de meação, se encontra hipotecado por cédula rural do Banco do Brasil, não sendo possível novas penhoras recair sobre o bem.

Ao final, alega que a ausência de intimação da cônjuge acerca da penhora de imóvel pertencente ao casal enseja a nulidade da execução, pois ocasiona grave lesão patrimonial, além de ofender seu direito de propriedade.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Siderlei Aparecida Scoparo Zuntini com relação à sentença proferida nos autos de Embargos de Terceiro que lhes move Agro Bonser Comércio e Representações Ltda, consistente na improcedência dos pedidos para declarar a regularidade da penhora efetivada na Ação de Execução n. 014.99.000031-5.

Condenou a recorrente ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado, fixados em R$ 5.000,00, conforme disposição do art. 20, § 4° do CPC.

Pede a reforma da sentença sob o argumento de que o imóvel penhorado não pode ser dividido, em razão da impossibilidade de fracionamento da área em tamanho inferior aos "módulos de propriedade rural", nos termos do art. 65, *caput*, da Lei n. 4.504/64 - Estatuto da Terra.

Aduz que a cota pertencente ao executado, correspondente a 12,5% da totalidade do imóvel, já respeitado seu direito de meação, se encontra hipotecado por cédula rural do Banco do Brasil, não sendo possível novas penhoras recair sobre o bem.

Ao final, alega que a ausência de intimação da cônjuge acerca da penhora de imóvel pertencente ao casal enseja a nulidade da execução, pois ocasiona grave lesão patrimonial, além de ofender seu direito de propriedade.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

O recurso não merece prosperar.

De início, verifica-se que o art. 649, VII do CPC, vigente à época da constrição, determina que é absolutamente impenhorável a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família

O conceito de pequena propriedade rural ou propriedade rural familiar encontra-se insculpido no art. 4º, II e II do Estatuto da Terra, com ponderações do art. 4º da Lei n. 8.629/93, que estabelece que a pequena propriedade rural é aquela cuja área tenha entre 1 e 4 módulos fiscais.

A proteção garantida pela lei busca garantir a sobrevivência do agricultor e de sua família, que possuem um único imóvel como residência e como exploração de subsistência familiar.

No caso dos autos, o bem pertencente ao executado e à recorrente, totaliza 72,48 hectares (parte ideal do imóvel de matrícula n. 2.467), sendo penhorado a metade dessa área, em virtude da reserva de 50% da meação.

Além disso, o executado e a embargante, ora recorrente, sequer residem na comarca do imóvel, o que descaracteriza a impenhorabilidade por subsistência familiar.

Observa-se ainda que o módulo fiscal da região é de trinta hectares. Como a área penhorada corresponde a 36,12 hectares, isto é, 50% da parte do cônjuge, resta outra área de igual parcela e superior a um módulo, fato que também reforça a exceção de penhora.

Quanto à alegação de insubsistência da penhora em razão de que o imóvel possui anotação de hipoteca em sua matrícula, sem razão a recorrente.

A Corte Superior já consolidou o entendimento de que é possível a penhora de imóvel hipotecado, desde que garantido o direito de preferência do credor hipotecário.

Isso porque, apesar de o art. 69 do Decreto Lei n. 167/67 dispor que o bem gravado com hipoteca cedular não pode servir como garantia para o adimplemento de outras dívidas, é pacífico que dita impenhorabilidade é relativa, haja vista, dentre outras hipóteses excepcionais, a possibilidade de lavratura do termo de penhora do imóvel hipotecado quando não ocorrer prejuízo do gravame, ou seja, não comprometer a satisfação do crédito preferencial do credor hipotecário (STJ - REsp 220.179/MG, Rel. Ministro Vasco Della Giustina Desembargador convocado do TJ/RS, 3ª Turma, j. 06/04/2010).

Assim, inexistente qualquer prejuízo ao credor hipotecário, a manutenção da penhora é a medida mais adequada.

Por fim, como a penhora recaiu apenas sobre a parte do imóvel de propriedade do executado, observada a meação da recorrente, sabe-se que não possuindo a embargante nenhuma meação a defender, por certo não se lhe aplica o disposto no art. 1.046, § 3° do CPC.

Logo, a ausência de intimação do cônjuge só poderia ser considerada causa de nulidade quando o terceiro da relação processual, de fato tivesse direito patrimonial a defender, não bastando apenas a qualidade de cônjuge do executado.

Ademais, *"Fica sanada a falta de intimação da mulher se esta oferece embargos de terceiro"* (TJ-SP. Ap. 0005125-89.2009.8.26.0306, Rel. Antonio Nascimento, J. 25/08/2011, 24ª Câmara de Direito Privado)

Nesse sentido:

> *"FALTA DE INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE. NULIDADE DA PENHORA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Em que pese a regra do parágrafo único do art. 669 do CPC, é despicienda a intimação pessoal do cônjuge do devedor, quando, por algum meio, aquele tenha tomado conhecimento da penhora realizada, como é a hipótese da interposição de embargos de terceiro onde o cônjuge comparece em juízo para defender a sua meação (sendo certo que, por óbvio, estava ciente da constrição judicial sobre seu bem), não enseja o acolhimento de nulidade da penhora, em face dos princípios da convalidação e do aproveitamento dos atos processuais.* (TRT-18 523200416118008 GO 00523-2004-161-18-00-8, Relator: ALDON DO VALE ALVES TAGLIALEGNA, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano III Nº 104, de 16.6.2009, pág. 10.)

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. Marcos José de Brito Rodrigues

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, 27 de maio de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0000829-78.2009.8.12.0026 - Bataguassu
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE SERVIDÃO DE PASSAGEM – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA – DIREITO DE VIZINHANÇA – IMÓVEL NÃO ENCRAVADO – ACESSO À VIA PÚBLICA – INTELIGÊNCIA DO ART. 1.285 DO CÓDIGO CIVIL – PRECEDENTES – MANUTENÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – 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, 8 de abril de 2014.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Adelcio Jose Caravina e outro recorrem da sentença proferida na ação de reintegração de posse de servidão de passagem, ajuizada em desfavor de Cecilio Esteves Jeronimo e outro.

A sentença consiste na improcedência do pedido, com fundamento no art. 269, I, do CPC, condenando os autores ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado, arbitrados em R$ 7.000,00.

O magistrado não reconheceu o direito de passagem forçada por não se tratar o imóvel dos recorrentes de área encravada, bem como, após realização de inspeção judicial, constatar a existência de outra passagem de amplo acesso, a poucos metros de distância, sem gerar nenhum incômodo a justificar a utilização da estrada pertencente aos recorridos.

Consignou ainda o juízo *a quo* que a comodidade dos autores não se mostra motivo suficiente para ensejar o reconhecimento da passagem, em detrimento ao direito de propriedade e privacidade dos demandados.

Aduzem, preliminarmente, que o julgamento antecipado da lide causou cerceamento de defesa, pois não oportunizado o direito de produzir provas testemunhais.

No mérito, sustentam que ao adquirirem o imóvel dos recorridos, em 10.10.2008, somente existia uma estrada de acesso, sendo-lhes concedido, na ocasião, o direito de passagem.

Alegam que a estrada alternativa foi construída por terceiros, além de ficar inundada e intransitável no período das águas. Indagam de que forma adentrariam no imóvel se não houvesse essa outra via.

Pedem a procedência dos pedidos e a inversão dos ônus da sucumbência, ou no caso de improvimento do recurso, seja reduzida a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios.

Ao final, prequestionam a matéria debatida para eventual interposição de recursos às instâncias superiores.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Adelcio Jose Caravina e outro recorrem da sentença proferida na Ação de Reintegração de Posse de Servidão de Passagem, ajuizada em desfavor de Cecilio Esteves Jeronimo e outro.

A sentença consiste na improcedência do pedido, com fundamento no art. 269, I, do CPC, condenando os autores ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado, arbitrados em R$ 7.000,00.

O magistrado não reconheceu o direito de passagem forçada por não se tratar o imóvel dos recorrentes de área encravada, bem como, após realização de inspeção judicial, constatar a existência de outra passagem de amplo acesso, a poucos metros de distância, sem gerar nenhum incômodo a justificar a utilização da estrada pertencente aos recorridos.

Consignou ainda o juízo *a quo* que a comodidade dos autores não se mostra motivo suficiente para ensejar o reconhecimento da passagem, em detrimento ao direito de propriedade e privacidade dos demandados.

Aduzem, preliminarmente, que o julgamento antecipado da lide causou cerceamento de defesa, pois não oportunizado o direito de produzir provas testemunhais.

No mérito, sustentam que ao adquirirem o imóvel dos recorridos, em 10.10.2008, somente existia uma estrada de acesso, sendo-lhes concedido, na ocasião, o direito de passagem.

Alegam que a estrada alternativa foi construída por terceiros, além de ficar inundada e intransitável no período das águas. Indagam de que forma adentrariam no imóvel se não houvesse essa outra via.

Pedem a procedência dos pedidos e a inversão dos ônus da sucumbência, ou no caso de improvimento do recurso, seja reduzida a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios.

Ao final, prequestionam a matéria debatida para eventual interposição de recursos às instâncias superiores.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

De início, quanto ao cerceamento de defesa, ressalta-se que estando o feito instruído com provas suficientes para o convencimento do magistrado, o julgador encontra-se legalmente autorizado a julgar antecipadamente a lide, não decorrendo nenhum tipo de violação à ampla defesa garantida pelo inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Dessa forma, o julgamento antecipado da lide, quando a questão é exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, dispensar a necessidade de outras provas (CPC, art. 330, I), não leva ao cerceamento de defesa, tampouco é causa de nulidade da sentença.

Ademais, a produção de prova testemunhal, no caso, se tornou desnecessária, pois foi suprida pelo Auto de Inspeção Judicial, realizado pelo próprio magistrado com a presença dos procuradores de ambas as partes (fls. 178).

Assim, afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa.

No mérito, não assiste razão aos recorrentes.

A questão dos autos cinge-se em saber se os apelantes fazem jus ao direito de passagem forçada, para adentrarem e usufruírem livremente sua propriedade (imóvel rural), alegando tratar-se de área encravada.

Sabe-se que imóvel encravado é aquele que não tem acesso à via pública, porto ou nascente, nos termos do art. 1.285, *caput*, do Código Civil. Diante da falta de comunicação com a via pública não pode vir a ser explorado, deixando de ser útil.

Com o propósito de assegurar e permitir o acesso à propriedade de imóvel encravado, foi estabelecido na legislação o instituto da passagem forçada.

A passagem forçada decorre do direito de vizinhança, de natureza preventiva, que visa evitar o dano como também, que o prédio fique sem destinação ou utilização econômica. É uma limitação ao direito de propriedade, sempre se configurando quando um prédio se encontrar encravado, mesmo que o proprietário não a deseje.

Funda-se na solidariedade a qual "*deve presidir as relações de vizinhança e a necessidade econômica de se aproveitar devidamente o prédio encravado. O interesse social exige que se estabeleça passagem para que o imóvel não se torne improdutivo*". (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil:* direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 469)

No entanto, no caso em análise, verifica-se que o encravamento não existe. De acordo com a Inspeção Judicial, realizada pelo juízo *a quo,* averiguou-se que:

> *"O trajeto defendido pelos autores (recorrentes) se mostra por demais invasivo da propriedade rural dos réus, retirando por completo a privacidade dos moradores do local, os quais não podem ser obrigados a suportar tamanho avanço de estranhos na área, não só por questão de direto à privacidade mencionada, mas até mesmo por uma questão de segurança, já que, nos termos buscados pelos autores, a utilização desta estrada é de se dar a qualquer momento, não se importando a hora do dia, submetendo os réus a um ambiente de considerável desconforto."*

Diante da constatação *in loco* do objeto da lide, o magistrado consignou na sentença que *"o encravamento alegado na inicial não existe, pois a estrada mencionada pelos réus efetivamente existe e, mais, dá amplo acesso à área rural de propriedade dos autores sem gerar qualquer incômodo a justificar a utilização da estrada pertencente aos demandados, pois o acréscimo de espaço percorrido é mínimo e, para tanto, não acarretaria incômodos a quaisquer outras pessoas."*

Logo, se o apelante dispõe de outra via de acesso à propriedade rural, revela-se injustificável a passagem forçada pelo imóvel dos apelados.

Tal direito somente se caracteriza pela necessidade e não pela comodidade do proprietário reclamante. Havendo outro acesso à via pública que não passa pelo imóvel dos apelados, descaracteriza-se o requisito *prédio encravado*, essencial para o deferimento da passagem.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PASSAGEM FORÇADA – AGRAVO RETIDO – CERCEAMENTO DE DEFESA – ACERVO PROBATÓRIO ABUNDANTE – DEVER DO JULGADOR PROFERIR SUA DECISÃO – MÉRITO – CC, ART. 1.285 – PASSAGEM FORÇADA – ACESSO À VIA PÚBLICA – ENCRAVAMENTO NÃO DEMONSTRADO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSOS IMPROVIDOS. (...)Somente se justifica a passagem forçada se houver imóvel, urbano ou rural, sem acesso a via pública, nascente ou porto – conforme o caso –, ou se esse acesso for perigoso ou inadequado, considerando-se, para tanto, as necessidades de exploração econômica da propriedade. No caso em tela, não restou caracterizado o encravamento do imóvel do apelante, porque pode ele acessar a via pública através da estrada existente na propriedade rural vizinha a sua, de modo que não há falar em passagem forçada."* (TJ-MS. Ap. Cível n. 2008.038349-6 – 1ª T. Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran – j. em 26.01.2010).

> *"APELAÇÃO CIVEL – AÇÃO DE INSTITUIÇÃO DE PASSAGEM FORÇADA – PRELIMINARES AFASTADAS – IMÓVEL NÃO ENCRAVADO – EXISTÊNCIA DE SERVIDÃO DE PASSAGEM – HONORÁRIOS FIXADOS DE FORMA EQUITATIVA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Para o deferimento do pedido de passagem forçada, imprescindível se torna a comprovação pelo autor de que seu imóvel se encontra encravado, sem acesso por qualquer outra via."* (TJ-MS. Ap. Cível n. 2009.033020-9/0000-00 – 2ª Turma Cível. Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade. j. 09.03.2010).

Portanto, não caracterizado o encravamento do imóvel dos apelantes, porque podem eles acessar a via pública através de estrada alternativa, não há falar em passagem forçada, muito menos em reconhecimento de servidão de passagem (modalidade de passagem forçada convencionado entre as partes).

No que tange aos ônus da sucumbência, considerando a improcedência dos pedidos, mantém-se a condenação dos recorrentes ao pagamento dos honorários de advogado, fixados no valor de R$ 7.000,00, consoante art. 20, § 4° do CPC.

Por fim, quanto ao prequestionamento, este Tribunal tem entendido que o juíz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, bastando que as matérias postas tenham merecido sua correta apreciação.

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. Marcos José de Brito Rodrigues

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 08 de abril de 2014.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4008365-14.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA – RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – PRELIMINARES DE DECADÊNCIA E ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO AFASTADAS – BENEFICIÁRIO DE PENSÃO QUE CONTRAIU NOVO CASAMENTO – CAUSA DE PERDA DA QUALIDADE DE DEPENDENTE – INTELIGÊNCIA DO INCISO "V", DO ART. 10 DA LEI Nº 204/80 – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

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, rejeitar as preliminares e, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 12 de maio de 2014.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por Francisco Gomes da Silva contra ato praticado pelo Diretor Presidente da Agência de Previdência Estadual de Mato Grosso do Sul - AGEPREV e pelo Secretário de Estado e Administração de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento do pedido de restabelecimento de pensão por morte.

Afirma que desde 5.2.1997 recebeu pensão pela morte da sua esposa que era servidora pública, porém em 14.5.1998 teve a pensão cancelada.

Diz que é portador de deficiência visual e sofreu coação moral quando foi até o PREVISUL para regularizar a situação, sendo que faz jus ao benefício, pois não incorreu em nenhuma das hipóteses previstas na Lei n. 204/80.

Relata que o fato de ter contraído novo matrimônio não é óbice para o recebimento da pensão.

A liminar foi indeferida

O Diretor Presidente da Agência de Previdência Estadual de Mato Grosso do Sul – Ageprev apresentou informações e defesa e arguiu a preliminar de carência de direito de ação, visto que insurge-se contra ato praticado há 15 anos e, no mérito, pela denegação da segurança.

Posteriormente, o Estado de Mato Grosso do Sul também apresentou defesa, e arguiu as preliminares de ilegitimidade passiva da Secretaria de Estado de Administração, a impossibilidade jurídica do pedido e

a decadência do direito de impetrar o mandado de segurança. No mérito, requer seja denegada a segurança por ausência de direito líquido e certo a ser tutelado.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva, acolhimento da preliminar de decadência, bem como pelo acolhimento em parte d preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, pela denegação da segurança.

VOTO

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

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por Francisco Gomes da Silva contra ato praticado pelo Diretor Presidente da Agência de Previdência Estadual de Mato Grosso do Sul - AGEPREV e pelo Secretário de Estado e Administração de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento do pedido de restabelecimento de pensão por morte.

Afirma que desde 5.2.1997 recebeu pensão pela morte da sua esposa que era servidora pública, porém em 14.5.1998 teve a pensão cancelada.

Diz que é portador de deficiência visual e sofreu coação moral quando foi até o PREVISUL para regularizar a situação, sendo que faz jus ao benefício, pois não incorreu em nenhuma das hipóteses previstas na Lei n. 204/80.

Relata que o fato de ter contraído novo matrimônio não é óbice para o recebimento da pensão.

A liminar foi indeferida

O Diretor Presidente da Agência de Previdência Estadual de Mato Grosso do Sul – AGEPREV apresentou informações e defesa e arguiu a preliminar de carência de direito de ação, visto que o impetrante insurge-se contra ato praticado há 15 anos e, no mérito, pela denegação da segurança.

Posteriormente, o Estado de Mato Grosso do Sul também apresentou defesa, e arguiu as preliminares de ilegitimidade passiva da Secretaria de Estado de Administração, sob o argumento de que a AGEPREV é uma autarquia estadual, a qual possui gestão plena do regime próprio da previdência do Estado de Mato Grosso do Sul, exercendo as suas atribuições de forma descentralizada e distinta do Estado, possuindo autonomia administrativa, financeira, patrimonial e jurídica; a impossibilidade jurídica do pedido e a decadência do direito de impetrar o mandado de segurança.

No mérito, requer seja denegada a segurança por ausência de direito líquido e certo a ser tutelado.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva, acolhimento da preliminar de decadência, bem como pelo acolhimento em parte d preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, pela denegação da segurança.

Decadência

Nos termos do art. 23 da Lei 12.016/09, *o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.*

No caso, verifica-se que o impetrante teve ciência da decisão que indeferiu o restabelecimento do pagamento da pensão por morte em junho de 2013, tendo ajuizado o presente mandado de segurança em agosto de 2013, ou seja, dentro do prazo de 120 dias após a ciência do ato impugnado.

Assim, deve ser afastada a preliminar de decadência.

Ilegitimidade passiva

A preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Estado e Administração de Mato Grosso do Sul deve ser rejeitada, visto que nos termos do art. 1º da Lei 3.545/08, a qual criou a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, apesar da autarquia ter autônomia administrativa, financeira e patrimonial, ela é vinculada à Secretária de Estado e Administração, conforme se observa:

> *"Art. 1º Fica criada a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul (AGEPREV), vinculada à Secretaria de Estado de Administração, entidade autárquica com autonomia administrativa, financeira e patrimonial com a finalidade de administrar o Regime Próprio de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul (MSPREV), de que trata a Lei nº 3.150, de 22 de dezembro de 2005, competindo-lhe como gestora única".*

Desse modo, a autarquia apenas administra os recursos dos benefícios previdenciários que lhe são repassados pelo Estado de Mato Grosso do Sul, de acordo com as atribuições que foram conferidas pela lei que a instituiu.

Logo, sendo os pagamentos de aposentadorias dos servidores estaduais efetuados pelo Estado de Mato Grosso do Sul, e não pelas autarquias ou órgãos a que se encontrem vinculados, não há o que se falar em ilegitimidade passiva.

Rejeita-se a preliminar.

Impossibilidade jurídica do pedido

Por fim, o Estado de Mato Grosso do Sul arguiu a impossibilidade jurídica do pedido, visto que no pedido inicial consta o requerimento de pagamento das pensões que o impetrante deixou de receber nos últimos cinco anos, o que é vedado em face do disposto nas Súmulas 269 e 271 do STF.

Verifica-se que esta preliminar confunde-se com o mérito da ação, razão pela qual com ele será analisada.

Mérito

Quanto ao mérito, o impetrante busca o restabelecimento do pagamento de pensão por morte, a qual lhe foi concedida em razão do falecimento de sua esposa, ex servidora estadual.

Inicialmente, salienta-se que a lei aplicável ao caso é aquela vigente na data do óbito do segurado, qual seja, a Lei 204/80, de acordo com o disposto na Súmula 340 do STJ[1].

A Lei n° 204/80, que trata sobre a previdência social dos servidores civis e militares de Mato Grosso do Sul dispõe no art. 10 e incisos, os casos em que ocorrerá a perda da qualidade de dependente e, especificamente na alínea "a" do inciso V, estabelece que a perda se dá pelo casamento. *In verbis:*

> *Art. 10 - A perda da qualidade de dependente ocorre:*
>
> *I- para o cônjuge, pelo desquite, separação judicial ou divórcio, sem que lhe tenha sido assegurada a prestação de alimentos, salvo se voluntariamente dispensou;*
>
> *(...)*

1 Súmula 340 - A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

VI - para o dependente em geral:

a) Pelo matrimônio;

(...)

Verifica-se dos autos que o impetrante era beneficiário de pensão por morte, entretanto, requereu o cancelamento do benefício de pensão em razão de ter contraído novo matrimônio, conforme se observa à f. 72, tendo o impetrado tomado as providências cabíveis, suspendendo-se os pagamentos em abril de 1998.

Como o matrimônio é causa para a perda da qualidade de dependente e, tendo o autor noticiado novo casamento, não há falar em violação de direito líquido e certo a ser tutelado.

Por fim, sendo o mandado de segurança processo documental, em que incumbe ao autor demonstrar a existência de prova pré-constituída dos fatos pertinentes a situação jurídica e, inexistindo indícios acerca da coação moral sofrida pelo impetrante para regularizar sua situação junto à AGEPREV, não há que se falar em violação de direito líquido e certo.

Posto, rejeitam-se as preliminares de decadência e ilegitimidade passiva arguídas e, no mérito, com o parecer, denega-se a segurança por ausência de direito líquido e certo a ser tutelado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 12 de maio de 2014.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4013075-77.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMITE DE 24 ANOS DE IDADE PARA INGRESSO NA CARREIRA MILITAR – PREVISÃO EDITALÍCIA BASEADA NA LEI Nº 3.808/2009 QUE FOI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO ÓRGÃO ESPECIAL – IMPOSSIBILIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Declarada a inconstitucionalidade da Lei n.º 3.808/2009 pelo colegiado do Órgão Especial desse Sodalício e, restando configurado que o Edital utilizou tal comando legal para limitar a idade de ingresso na carreira militar, por corolário lógico deve ser preservado o direito do impetrante de não ser impedido de ingressar no Curso de Formação de Soldados PM/2013, caso aprovado em todas as fases do concurso.

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 maioria, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator, vencido o 3º Vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 6 de março de 2014.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Edilson de Assis Pereira da Silva, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelos Secretários de Estado de Administração e de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na publicação do edital n.º 01/2013 - SAD/SEJUSP/PMMS, subitem 2.1, "b", referente ao concurso para ingresso no Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, no qual se estabeleceu a limitação etária de 24 (anos) aos candidatos.

Alega, em síntese, que: a) foi aprovado na primeira fase do certame com 48 (quarenta e oito) pontos; b) possui 25 anos de idade, se encontrando em perfeitas condições físicas e psicológicas; c) a limitação etária é inconstitucional, já tendo sido diversas vezes afastada por este Sodalício em casos análogos.

Requer a concessão de medida liminar, a fim de que as autoridades coatoras lhe assegure o direito de participar nas demais fases do concurso e, ao final, a concessão da segurança em definitivo, reconhecendo a ilegalidade da restrição imposta.

Juntou os documentos de fls. 18/993.

A liminar foi concedida às fls. 996/997.

O Estado de Mato Grosso do Sul, em conjunto com os impetrados, apresentou informações e defesa (fls. 205/231), alegando, em síntese, que não há qualquer ilegalidade a ser suscitada quanto ao limite máximo de idade (24 anos), perseguido no *mandamus*.

Acrescenta que o cargo de Soldado da Polícia militar exige do candidato vigor físico, o que por si só justifica a limitação imposta, requisito esse amparado pelo art. 39, § 3º, in fine, da Constituição Federal, pugnando pela denegação da ordem.

A Procuradoria – Geral de Justiça, opina pela concessão da segurança (fls. 1074/1080).

É o relatório.

VOTO

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

Edilson de Assis Pereira da Silva, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelos Secretários de Estado de Administração e de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na publicação do edital n.º 01/2013 - SAD/SEJUSP/PMMS, subitem 2.1, "b", referente ao concurso para ingresso no Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, no qual se estabeleceu a limitação etária de 24 (anos) aos candidatos.

Alega, em síntese, que: a) foi aprovado na primeira fase do certame com 48 (quarenta e oito) pontos; b) possui 25 anos de idade, se encontrando em perfeitas condições físicas e psicológicas; c) a limitação etária é inconstitucional, já tendo sido diversas vezes afastada por este Sodalício em casos análogos.

Requer a concessão de medida liminar, a fim de que as autoridades coatoras lhe assegure o direito de participar nas demais fases do concurso e, ao final, a concessão da segurança em definitivo, reconhecendo a ilegalidade da restrição imposta.

Juntou os documentos de fls. 18/993.

A liminar foi concedida às fls. 996/997.

O Estado de Mato Grosso do Sul, em conjunto com os impetrados, apresentou informações e defesa (fls. 205/231), alegando, em síntese, que não há qualquer ilegalidade a ser suscitada quanto ao limite máximo de idade (24 anos), perseguido no *mandamus*.

Acrescenta que o cargo de Soldado da Polícia militar exige do candidato vigor físico, o que por si só justifica a limitação imposta, requisito esse amparado pelo art. 39, § 3º, in fine, da Constituição Federal, pugnando pela denegação da ordem.

A Procuradoria – Geral de Justiça, opina pela concessão da segurança (fls. 1074/1080).

A matéria relacionada à limitação etária, já foi decidida, recentemente, por esta Egrégia Seção, nos autos do mandado de segurança n.º 4010786-74.2013..8.12.0000, em que fui o relator designado, restando a ementa da seguinte forma:

"MANDADO DE SEGURANÇA – LIMITE DE 24 ANOS DE IDADE PARA INGRESSO NA CARREIRA MILITAR - PREVISÃO EDITALÍCIA BASEADA NA LEI Nº 3.808/2009 QUE FOI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO ÓRGÃO ESPECIAL – IMPOSSIBILIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Declarada a inconstitucionalidade da Lei n.º 3.808/2009 pelo colegiado do Órgão Especial desse Sodalício e, restando configurado que o Edital utilizou tal comando legal para limitar a idade de ingresso na carreira militar, por corolário lógico deve ser preservado o direito do impetrante de não ser impedido de ingressar no Curso de Formação de Soldados PM/2013, caso aprovado em todas as fases do concurso."

Colha-se, por oportuno, a fundamentação apresentada no mandado de segurança n.º 4009742-20.2013.8.12.0000, da 4ª Seção, de relatoria do Des. Júlio Roberto Siqueria Cardoso:

"Com efeito, a corte Suprema, ao interpretar o artigo 142, §3º, inciso X, da CF, entendeu que o referido diploma legal, é expresso e taxativo ao conferir à lei, aqui tomada em seu sentido material e formal, a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, estabelecendo como marco inicial de cumprimento o primeiro dia de janeiro de 2012; no entanto, galgado no princípio da segurança jurídica, relativizou tal cumprimento, modulando os seus efeitos até 31 de dezembro de 2011, ou seja, toda previsão contida em Decreto, Edital ou outra espécie normativa possui eficácia e validade até 31.12.2011.

Vejamos o teor da ementa dos Recursos Extraordinários n.º 572.499 e RE nº 600.885:

"EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS: CRITÉRIO DE LIMITE DE IDADE FIXADO EM EDITAL. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMA. ART. 10 DA LEI N. 6.880/1980. ART. 142, § 3º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NÃO-RECEPÇÃO DA NORMA COM MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Repercussão geral da matéria constitucional reconhecida noRecurso Extraordinário n. 572.499: perda de seu objeto; substituição pelo Recurso Extraordinário n. 600.885.

2. O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República, é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas.

3. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal.

4. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão "nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica" do art. 10 da Lei n. 6.880/1980.

Frisa-se que o tema constitucional, cuja repercussão geral fora reconhecida pelo Supremo Tribunal, foi o mesmo exarado no Recurso Extraordinário 572.499 (que perdeu seu objeto), qual seja, a delegação a instrumentos normativos diversos de lei em sentido formal da fixação dos critérios para ingresso nas forças armadas, à luz do disposto no art. 142, §3º, inciso X, da Constituição da República.E, no referido julgamento, ficou delineado que:

"(...) a definição dos requisitos a serem preenchidos pelos candidatos a ingressar nas Forças Armadas haverá de se dar por lei, cujo conteúdo mínimo já vem determinado constitucionalmente. Dentre os elementos que compõem aquele conteúdo mínimo está, exata e expressamente, o requisito referente aos limites de idade. (...) Daí porque concluo não ter sido recepcionada a expressão "nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica" contida no art. 10 da Lei 6.880/1980. (...) É inquestionável a prerrogativa das Forças Armadas de instituir, mediante regulamento de cada Força e, até mesmo, de editais de concurso, procedimentos relativos a todo o certame. Entretanto, o conteúdo definido constitucionalmente como objeto de cuidado da lei haverá de ser desdobrado, minudenciado nos atos administrativos, tais como os regulamentos e editais. O que o sistema jurídico não admite é a inovação das matérias ou dos pontos fixados constitucionalmente como de tratamento exclusivamente legal por estes instrumentos infralegais. Não é possível a inovação dos temas que a norma constitucional entregou ao cuidado exclusivo do legislador, mesmo que sobre eles não tenha esta autoridade legislativa ainda atuado. (...) há de se concluir que, como a Constituição da República atribuiu à lei o cuidado da matéria, não pode outro instrumento normativo dispor sobre ela sem exacerbar o poder regulamentar, que, no Brasil, não inova a ordem jurídica. (...) "(RE 600.885/RS página 410)

Em comentários ao artigo 142, §3º, inciso X, da CF, leciona José Afonso da Silva que o ingresso nas Forças Armadas é "(...) um tema que a Constituição remeteu para a lei, mas já traçou o conteúdo básico a ser por ela adotado: ingresso nas Forças, limites de idade, estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, remuneração, prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra". (SILVA, José Afonso da Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 633 grifos nossos)*." Outrossim, no próprio julgado restou decidido que:*

*"Todavia, há de se considerar que, passados mais de vinte e dois anos da vigência da Constituição Brasileira de 1988, enorme número de concursos públicos foram realizados tomando-se como fundamento dos editais exatamente a norma agora tida como não recepcionada. Assim, com base no princípio da segurança jurídica, passado interregno alargado de vigência da Constituição da República de 1988, período no qual dezenas de seleções públicas foram realizadas com observância daquela regra legal, modulo os efeitos da não-recepção para manter a validade dos certames realizados pelas Forças Armadas e em cujos editais e regulamentos se tenha fixado limites de idade com base no art. 10 da Lei n.º 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011, ressalvado, como é óbvio, o direito do ora recorrido, que se mantém hígido por força da decisão judicial agora confirmada. (...)" (*RE 600.885/RS página 414) (grifo nosso)

De outro norte, o ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir seu voto ressaltou que "(...) também em relação aos militares dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, a necessidade de lei para tratar das matérias elencadas pelos art. 142, §3º, X, do Texto Magno é reforçado no art. 42, §1º (na redação da EC 20/98) *(...)".*

A propósito, transcrevo o teor contido no artigo 42, §1º, da CF:

Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1.º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8.º; do art. 40, § 9.º; e do art. 142, §§ 2.º e 3.º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3.º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores"

Por outro lado, preceitua o art. 142, § 3º, X, da Carta Magna:

"Art. 142. As forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquerestes, da lei e da ordem.

(...)

§ 3.º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

(...)

X a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra".

Noutro norte, segundo os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a respeito da vinculação vertical, extraí-se que:

"Rigorosamente, sendo clara a ratio dicidendi do precedente do Supremo Tribunal Federal a respeito da controvérsia constitucional, os demais órgãos do Poder Judiciário encontram-se a ela vinculados. Há vinculação vertical. Trata-se de conseqüência da objetivação do recurso extraordinário, paulatinamente mais afeiçoado ao controle concentrado de constitucionalidade. Vale dizer: a rigor, nada obstante o teor do art. 543-B, §§3º e 4º, do CPC, os órgãos jurisdicionais de origem têm o dever de se conformar à orientação do Supremo Tribunal Federal, retratando-se das suas decisões, sob pena de debilitar-se a força normativa da Constituição, encarnada que está na sua compreensão pela nossa Corte Constitucional." (Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 2ª edição. Editora dos Tribunais. página 577)

Portanto, em atenção ao princípio da simetria legislativa constitucional e da vinculação vertical, bem como pelo teor contido nos artigos 42, §1º, e 142, §3º, inciso X, ambos da CF, a determinação contida no RE 600.885/RS, conclui-se que, os Policiais Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e os das Forças Armadas, constituídos pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica estão vinculados à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal para atribuir exclusivamente à Lei a definição dos requisitos para ingresso em suas corporações, sendo descabida a regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal.

Não obstante, quando do julgamento do RE 600.885/RS, em debate os Ministros teceram calorosa discussão a respeito dos eventuais direitos judiciais reconhecidos pelo Judiciário, tanto que consta na parte dispositiva do Voto proferido pela Relatora Ministra Carmem Lúcia, o seguinte:

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, declarar a não recepção da expressão "nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica" do art. 10 da Lei 6.880/1980 e modular os efeitos desta decisão para preservar a validade dos certames realizados pelas Forças Armadas e em cujos editais e regulamentos se tenha fixado limites de idade com base no art. 10 da Lei n. 6.880/1980, até 30 de dezembro de 2011, ressalvados eventuais direitos judicialmente reconhecidos."

Assim sendo, haverá necessidade de analisar no caso concreto as questões jurídicas trazidas pelo impetrante, mormente porque já realizou a inscrição no presente concurso e, caso consiga aprovação em todas as etapas, não poderá ser investido no cargo por ter idade superior a 24 anos na data do encerramento das inscrições. No caso dos autos, vislumbra-se a existência de previsão no item 2.1, alínea "b", do Edital n.º 1/2013-SAD/SEJUSP/CBMMS de idade máxima de 24 anos completos, respaldado pelo teor contido no artigo 8º, inciso I, item "e", da Lei Estadual n.º 3.808/09, verbis:

Art. 8º. São requisitos indispensáveis, de caráter eliminatório, para o exercício das funções de policial militar ou de bombeiro militar, e serão exigidos dos candidatos ao concurso público na data de encerramento da matrícula para os Curso de Formação (CFOP-PM/CBM-MS):

I para candidatos civis:

(...)

e) ter idade mínima de 18 (dezoito) anos completos (de 18 anos até 18 anos, 11 meses e 29 dias) e, no máximo, de 24 (vinte e quatro) anos completos (de 24 anos até 24 anos, 11 meses e 29 dias) para as Carreiras de Praças e de Oficiais (PM/BM)

Sucede, porém, que a matéria pertinente a constitucionalidade ou não desse dispositivo legal (Lei Estadual n.º 3.808/09) já restou apreciado pelo órgão Especial desse Sodalício, senão vejamos:

"ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MANDADO DE SEGURANÇA LIMITAÇÃO DE IDADE EM CONCURSO PÚBLICO PARA BOMBEIRO MILITAR PREVISTA NO ART. 8º DA LEI ESTADUAL N. 3.808/2009 OFENSA AOS ARTS. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, C. C. ART. 2º C. C. ART. 39 E INCISO I DO ART. 37 DA CF ARGUIÇÃO PROCEDENTE. A idade de 27 (vinte e sete) anos não se revela incompatível com as razões do cargo de Bombeiro, portanto a limitação trazida na Lei estadual n. 3.808/2009, art. 8º, I 'e' afronta o princípio da igualdade (art. 5º, caput da CF/88), uma vez que a discriminação não é justificável, deste modo, não se fala em vulneração ao art. 1º, parágrafo único c.c. art. 2º c.c. § 3º do art. 39 e inciso I do art. 37, todos da CF/88." (Arguição de Inconstitucionalidade em Mandado de Segurança nº 2010.011872-4. Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia. Órgão Especial. J. 03/08/2011).

Nesse desiderato, se a previsão contida no Edital de limitar a idade de ingresso do Soldado Bombeiro Militar encontrava-se respaldo em uma Lei que foi declarada inconstitucional, por corolário lógico, conclui-se que a limitação etária constante no Edital do certame ofendem os princípios da legalidade, razoabilidade e de proporcionalidade.

A propósito:

"AÇÃO CAUTELAR INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO CÍVEL AINDA NÃO ADMITIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA DIREITO DE PERMANECER NA CORPORAÇÃO LIMITE DE IDADE PREVISTO EM LEI ESTADUAL MÁXIMO DE 24 ANOS AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE NA LIMITAÇÃO PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. A cautelar no Tribunal, fundada no artigo 800, parágrafo único, do CPC, é admitida quando está em processamento o recurso de apelação, tirado contra a sentença que indeferiu liminarmente a inicial. Presentes os requisitos do fumus boni juris e do periculum in mora, mantém-se a liminar deferida initio litis, assegurando ao requerente o direito à posse no cargo de bombeiro da polícia militar, quando se discute a legalidade da limitação etária de 24 anos em face da ofensa ao princípio da razoabilidade. Pedido julgado procedente para

determinar que o requerido abstenha-se de excluir o requerente da corporação, enquanto não julgada a apelação cível que definirá o direito ora em discussão." (Medida Cautelar Preparatória nº 2011.018179-9. Rel. Des. Dorival Renato Pavan. 4ª Câmara Cível. J. 19/07/2011) destaquei.

Assim, a imposição de limite de idade, no caso, fere os princípios da igualdade material, razoabilidade e legalidade estrita, porquanto o limite etário previsto no edital não encontra base na lei, posto que a Lei Estadual n.º 3.808/2009 foi declarada inconstitucional, justamente porque se mostra pouco razoável a fixação, contida em edital, de idade máxima de 24 anos, a alcançar ambos os sexos, para ingresso como soldado bombeiro militar.

Em face do exposto, com o parecer, concedo a segurança, para assegurar à impetrante a participação em todas as demais fases do concurso, afastando o requisito de limitação de idade máxima, caso logre aprovação em todas as fases do certame.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (1º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmelo Leandro (2º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

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

Peço vênia ao relator para denegar a segurança, isto porque (I) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o estabelecimento de limite de idade quando fixado em lei, desde que possa ser justificado pela natureza do cargo[1]; (II) o limite de idade para ingresso nas fileiras militares possui expresso amparo legal (Lei n. 3.808/2009); e (III) a natureza do cargo militar justifica o estabelecimento do limite etário.

Outrossim, registro que não vislumbro nenhuma inconstitucionalidade na Lei n. 3.808/2009, que fixou o limite de idade no caso em análise, pois entendo que a restrição estabelecida é razoável em razão das particularidades da atividade militar.

Observo, ainda, que, não obstante haja divergência neste Tribunal a respeito do tema, até a presente data não houve a declaração de inconstitucionalidade do referido texto legal em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Com efeito, tem-se notícia tão somente de um julgamento de Arguição de Inconstitucionalidade em Mandado de Segurança[2], no qual, por apertada maioria de votos (em sede, como cediço, de controle concreto de constitucionalidade), reconheceu-se a inconstitucionalidade da referida Lei. Contudo, referida decisão, como é de sabença, não produz efeitos *erga omnis* e, portanto, não vincula o Julgador.

Ante o exposto, denego a segurança.

Juiz Vilson Bertelli (4º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

1 ARE 714730 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013, Acórdão Eletrônico DJe-168 Divulg 27-08-2013 Public 28-08-2013

2 Argüição de Inconstitucionalidade em Mandado de Segurança - N. 2010.011872-4/0001-00 - Capital. Relator - Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia. J. 3.8.2011. Órgão Especial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, concederam a segurança, nos termos do voto do relator, vencido o 3º vogal. decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

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, Des. Sérgio Fernandes Martins e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 06 de março de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4013076-62.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – TAMPONAMENTO DE POÇOS SUBTERRÂNEOS PARA CAPTAÇÃO DE ÁGUA – EXISTÊNCIA DE LIGAÇÃO DO EMPREENDIMENTO COM A REDE DE ÁGUA E DE ESGOTO – PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA - CONFIGURAÇÃO - REGRAS IMPEDITIVAS QUANTO À INSTALAÇÃO DE POÇOS – POSSIBILIDADE DE USO DE ÁGUA SEM POTABILIDADE GARANTIDA PELOS USUÁRIOS DO EMPREENDIMENTO – RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL CONFIGURADO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – BENEFICIADOS OS TITULARES INDETERMINADOS DO DIREITO DIFUSO (MEIO AMBIENTE), E NÃO O MINISTÉRIO PÚBLICO – PROVIMENTO.

Havendo ligação do empreendimento com a rede de água e de esgoto, não é admissível a manutenção de poços particulares, pois o eventual consumo humano de água, sem potabilidade comprovada, pelos usuários do empreendimento (Hotel), gera risco de dano à saúde de um número indeterminado de pessoas, fatores que justificam a antecipação dos efeitos da tutela (tamponamento dos poços).

Segundo a jurisprudência dominante do STJ, a inversão do ônus da prova, com base nos artigos 6º, VIII, e 117, ambos do CDC, tem como fundamento a hipossuficiência do titular do bem difuso (meio ambiente, saúde, pública, etc), e não o Ministério Público, de modo que a medida é plenamente cabível.

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, no mérito, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de abril de 2014.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Ministério Público Estadual, devidamente qualificado, interpõe agravo de instrumento, inconformado com a decisão (p. 425-426) proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, que, nos autos da Ação Civil Pública nº 0831172-60.2013.8.12.0001, ajuizada em face de Grand Park Hotel Ltda. e outros, indeferiu a liminar pleiteada e a inversão do ônus da prova em favor do agravante.

Sustenta que estão presentes os requisitos legais para a concessão da liminar, especialmente porque a medida de tamponamento do poço de captação ilegal de água não é irreversível, até porque há pedido alternativo de impedimento de uso de água captada ilegalmente, considerados os riscos gerados pelas práticas indevidas do agravado.

Ademais, sustenta que a inversão do ônus da prova, quando se tratar de ação envolvendo dano ao meio ambiente, não se dá em favor do Ministério Público, segundo os tradicionais critérios de hipossuficiência técnica, econômica e outras, mas em favor do bem difuso em si mesmo, devido ao princípio da precaução/prevenção.

Requer a concessão da tutela antecipada recursal, ou o provimento do o recurso, singularmente ou após regular instrução.

O efeito ativo foi deferido parcialmente, sendo determinado o tamponamento do poço de captação de água subterrânea, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de pagamento de multa diária de R$ 500,00 (p. 430-432).

Nas contrarrazões (p. 522-526), o agravado sustenta que, como o seu estabelecimento está ligado à rede pública de água e de esgoto, não há provas de que a captação de água pela via do poço gere dano ambiental, haja vista que sua destinação não é o consumo dos hóspedes, mas sim a limpeza e regação de plantas.

Sustenta que também não está presente um dos requisitos autorizadores da tutela antecipada, *"vez que não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pelo contrário, tal dano encontra-se presente em desfavor do Agravado que poderá sofrer prejuízos imediatos e irreversíveis ao estabelecimento e seus hóspedes, como a eventual falta de água no hotel."* (f. 523)

Por outro lado, argumenta que não cabe a inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público Estadual, porque o agravante possui estrutura e prerrogativas que afastam a hipossuficiência econômica e técnica. Requer o improvimento do recurso.

Também se manifestou o IMASUL – Instituto de Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso do Sul, argumentando ser inviáveis a inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público Estadual e a antecipação de tutela, de natureza satisfativa, em face da Fazenda Pública, e que, se for admitida, não se encontram presentes os requisitos para a sua concessão (f. 534-547).

O Município de Campo Grande aduz, preliminarmente, que os recursos de Agravo de Instrumento interpostos pelo Ministério Público Estadual, em relação a outras ações, devem ser reunidos ao presente feito, em razão da semelhança dos seus objetos, ainda que não se configure a típica situação de conexão.

No mérito, aduz que não cabe tutela antecipatória satisfativa em face da Fazenda Pública, e que não estão configurados os requisitos para a sua concessão.

Além disso, entende o Município de Campo Grande que não houve qualquer omissão no tocante à expedição de licenças ou da fiscalização das atividades da sociedade empresarial agravada, e, em razão desses fundamentos, o recurso deve ser improvido.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 819-826, opina pelo provimento do agravo, *"para que a decisão singular seja reformada no sentido de conceder a medida urgente requerida no sentido de determinar o tamponamento do poço e captação de água presente no imóvel e/ou determinação de abstenção de utilização de qualquer meio alternativo de abastecimento de água (obrigação de não fazer), bem como de determinar a inversão do ônus da prova."*

VOTO

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

Ministério Público Estadual, devidamente qualificado, interpõe Agravo de Instrumento, inconformado com a decisão (p. 425-426) proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, que, nos autos da Ação Civil Pública nº 0831172-60.2013.8.12.0001, ajuizada em face de Grand Park Hotel Ltda. e outros, indeferiu a liminar pleiteada e a inversão do ônus da prova em favor do agravante.

Sustenta que estão presentes os requisitos legais para a concessão da liminar, especialmente porque a medida de tamponamento do poço de captação ilegal de água não é irreversível, até porque há pedido alternativo de impedimento de uso de água captada ilegalmente, considerados os riscos gerados pelas práticas indevidas do agravado.

Ademais, sustenta que a inversão do ônus da prova, quando se tratar de ação envolvendo dano ao meio ambiente, não se dá em favor do Ministério Público, segundo os tradicionais critérios de hipossuficiência técnica, econômica e outras, mas em favor do bem difuso em si mesmo, devido ao princípio da precaução/prevenção.

Requer a concessão da tutela antecipada recursal, ou o provimento do o recurso, singularmente ou após regular instrução.

O efeito ativo foi deferido parcialmente, sendo determinado o tamponamento do poço de captação de água subterrânea, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de pagamento de multa diária de R$ 500,00 (p. 430-432).

Nas contrarrazões (p. 522-526), o agravado sustenta que, como o seu estabelecimento está ligado à rede pública de água e de esgoto, não há provas de que a captação de água pela via do poço gere dano ambiental, haja vista que sua destinação não é o consumo dos hóspedes, mas sim a limpeza e regação de plantas.

Sustenta que também não está presente um dos requisitos autorizadores da tutela antecipada, *"vez que não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pelo contrário, tal dano encontra-se presente em desfavor do Agravado que poderá sofrer prejuízos imediatos e irreversíveis ao estabelecimento e seus hóspedes, como a eventual falta de água no hotel."* (f. 523)

Por outro lado, argumenta que não cabe a inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público Estadual, porque o agravante possui estrutura e prerrogativas que afastam a hipossuficiência econômica e técnica. Requer o improvimento do recurso.

Também se manifestou o IMASUL – Instituto de Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso do Sul, argumentando serem inviáveis a inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público Estadual e a antecipação de tutela, de natureza satisfativa, em face da Fazenda Pública, e que, se for admitida, não se encontram presentes os requisitos para a sua concessão (f. 534-547).

O Município de Campo Grande aduz, preliminarmente, que os recursos de Agravo de Instrumento interpostos pelo Ministério Público Estadual, em relação a outras ações, devem ser reunidos ao presente feito, em razão da semelhança dos seus objetos, ainda que não se configure a típica situação de conexão.

No mérito, aduz que não cabe tutela antecipatória satisfativa em face da Fazenda Pública, e que não estão configurados os requisitos para a sua concessão.

Além disso, entende o Município de Campo Grande que não houve qualquer omissão no tocante à expedição de licenças ou da fiscalização das atividades da sociedade empresarial agravada, e, em razão desses fundamentos, o recurso deve ser improvido.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 819-826, opina pelo provimento do agravo, *"para que a decisão singular seja reformada no sentido de conceder a medida urgente requerida no sentido de determinar o tamponamento do poço e captação de água presente no imóvel e/ou determinação de abstenção de utilização de qualquer meio alternativo de abastecimento de água (obrigação de não fazer), bem como de determinar a inversão do ônus da prova."*

Antes de adentrar no mérito do recurso, deve ser apreciada a questão preliminar suscitada pelo Município de Campo Grande.

I - Preliminar de conexão, e a consequente necessidade de reunião dos recursos (conexão).

Segundo argumenta o Município de Campo Grande, há diversos recursos de Agravo de Instrumento, relacionados a outras ações civis públicas movidas pelo agravante, idênticas à presente demanda, de modo que os feitos devem ser reunidos, para evitar decisões conflitantes.

Sem razão o agravado.

A existência de outras demandas, ou de outros recursos, que versem sobre os temas ora debatidos, não servem para configurar a conexão, que é dispositivo legal atinente às modificações de competência.

Nesse sentido, constata-se a natureza relativa da competência por conexão, e, em razão disso, cabe ao interessado argui-la no momento e forma cabíveis (por exceção de incompetência), sob pena de prorrogação.

De fato, há diversas ações em que figuram no pólo passivo o IMASUL e o Município de Campo Grande, conforme os documentos juntados pelo agravado (f. 585-803), mas a questão referente à eventual reunião dos processos em curso em primeira instância deve ser objeto de apreciação pelo juiz respectivo, e não "*per saltum*", no presente recurso, sob pena de supressão de instância, haja vista que deve ser oportunizado ao julgador o estudo da viabilidade desse tipo de medida (diante do risco de tumulto processual, etc.).

Nesse sentido é a jurisprudência:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS – CONCORRÊNCIA DE CREDORES – CREDOR HIPOTECÁRIO VERSUS CREDOR QUIROGRAFÁRIO – EXECUÇÕES EM CURSO POR VARAS DISTINTAS – INTERESSE DOS CREDORES EM INGRESSAR NAS AÇÕES RESPECTIVAS COMO TERCEIROS INTERESSADOS – OPORTUNIDADE DE SE EXAMINAR, DE OFÍCIO, A HIPÓTESE DE REUNIR AS EXECUÇÕES NUM MESMO JUÍZO PARA JULGAMENTO SIMULTÂNEO – CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO – PROVIMENTO QUANTO À PARTE CONHECIDA.*
>
> *I Tendo o recorrente demonstrado, razoavelmente, as razões pelas quais a decisão contra a qual se insurge é ilegal ou injusta, afasta-se a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade.*
>
> *II Os credores concorrentes têm interesse, na qualidade de terceiros interessados, de intervir nas execuções um do outro, que correm em varas distintas.*
>
> *III Existindo pontos de liame entre os interesses dos credores nas execuções que correm por varas distintas, é indispensável que o juiz da causa, de ofício, tenha a*

> *oportunidade de examinar, a priori, a necessidade e a possibilidade de reunião das ações, com o objetivo de evitar decisões conflitantes.*
>
> *IV Não se conhece de matérias que ainda não foram objeto de apreciação pelo juiz da causa, sob pena de haver julgamento com supressão de instância (julgamento per saltum).”*
>
> (Agravo de Instrumento - Nº 0601274-23.2012.8.12.0000 - Campo Grande – 4ª Câmara Cível, rel. Des. Josué de Oliveira, j. 18 de dezembro de 2012).

Em face do exposto, rejeito a preliminar de conexão, arguida em contrarrazões pelo Município de Campo Grande (não houve manifestação escrita da Procuradoria de Justiça sobre esta preliminar).

II – Mérito

Quanto ao mérito, entendo que o recurso deve ser provido, a fim de confirmar o efeito ativo concedido às f. 430-432, pelos fundamentos a seguir apresentados.

Antes de adentrar no exame a respeito da comprovação dos requisitos legais necessários para a antecipação dos efeitos da tutela, convém refutar as alegações formuladas tanto pelo Município de Campo Grande quanto pelo IMASUL, relativamente à teses de não cabimento de tutela satisfativa em face da Fazenda Pública e da inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público Estadual.

Os agravados não atentaram para o fato de que a tutela pretendida (tamponamento do poço) pelo agravante não tem como alvo nenhuma entidade da administração direta ou indireta, estadual ou municipal, mas somente a sociedade empresária denominada Grand Park Hotel, de modo que é inócua a fundamentação adotada nas contrarrazões a respeito das restrições legais à concessão de medidas de urgência satisfativas em face da Fazenda Pública.

Quanto à configuração dos requisitos para a concessão da medida de urgência (prova inequívoca das alegações e verossimilhança, e receio de dano irreparável), o agravante demonstrou que o Grand Park Hotel estava utilizando água obtida de um poço existente no interior do estabelecimento, fato este que passou a ser conhecido das autoridades municipais, conforme já esclarecido na decisão de f. 430-432, com base na reunião ocorrida entre as Secretarias Estadual e Municipal de Meio Ambiente, cujo teor merece ser reiterado:

> *“1. Houve consenso de que em áreas urbanas onde houver disponibilidade de rede de abastecimento de água tratada não será permitida a captação de água subterrânea (poços), como forma de aumentar o nível de proteção do recurso hídrico e da saúde humana, prevenindo agravos à saúde humana e a riscos à qualidade do recurso hídrico; 2. O consenso tem fundamento na Lei nº 9.433/1997 (Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos), e na Lei nº 11.445/2007 (Lei do Saneamento Básico) e na Portaria nº 2.914/2011 do Ministério da Saúde; 3. Houve consenso de que para fins previstos no art. 5º, inc. I, da Portaria nº 2.914/2011 do Ministério da Saúde, ou seja, recurso hídrico ou água para ingestão, preparação e produção de alimentos e à higiene pessoal não deve haver concessão de autorização ou licença ambiental ou mesmo tolerância quanto a captação de água subterrânea já existentes, em uso ou não, e aquelas que qualquer interessado pretenda instalar ou usar (...)”* (f. 48 e 116-117)

Vale dizer, há regras legais e infralegais (Portaria do Ministério da Saúde nº 2.914/2011) que permitem concluir haver verossimilhança na alegação de existência de irregularidade na captação de água subterrânea, em localidades servidas por sistema de fornecimento de água tratada e de tratamento de esgotamento sanitário; evidentemente que o surgimento de regras jurídicas proibitivas de certas atividades

que coloquem em risco o meio ambiente (lençol freático e a saúde de quem usa a água), as licenças anteriormente concedidas podem ser revistas pelos órgãos competentes.

Aliás, a esse respeito, verifica-se que o Grand Park Hotel Ltda., após diversas tratativas, resolver contratar a prestação de serviços de água e esgoto com a Águas de Guariroba S/A, mas mesmo assim manteve os poços no interior do seu imóvel, sendo que alguns estavam "indisponíveis" para registro fotográfico, conforme constatou a referida concessionária, às f. 159-160:

> *"Em relação a esses 03 (três) poços, foi autorizada a identificação de apenas 01 (um) poço conforme registro fotográfico abaixo, sendo os demais não permitidos pelo proprietário, porém foram identificados e visualizados pela equipe operacional desta Concessionária.*
>
> *(...)*
>
> *Informamos que o segundo poço está localizado no subsolo do estacionamento e o terceiro, está localizado próximo à recepção, abaixo da escada na área interna do Hotel.*
>
> *A existência e o funcionamento dos mencionados poços tubulares para captação de água subterrânea tem a finalidade de fornecer água para consumo humano dos freqüentadores do empreendimento, contrariando a legislação, a exemplo da Portaria 2914 de 2011, do Ministério da saúde e do artigo 45 da Lei 11.445 de 2007.*
>
> *Até a assinatura do contrato a água para consumo humano e geral não era fornecida pela Águas de Guariroba para o empreendimento."*

Dessa informação surge mais um elemento para corroborar a necessidade de antecipação dos efeitos da tutela, no que diz respeito ao tamponamento dos poços, consubstanciado no risco de continuidade de fornecimento de água sem a aferição de potabilidade, para os hóspedes do hotel e outros usuários, sendo imprescindível o deferimento de medida de urgência.

Também deve ser observado que o Município de Campo Grande, após ser diversas vezes notificado pelo Ministério Público Estadual para a apuração da regularidade do estabelecimento hoteleiro, realizou vistoria (em 12 de novembro de 2012), na qual restou evidenciado que (f. 348-349):

> *"A única caixa de gordura identificada foi a do restaurante, com tampa de metal, a mesma caixa estava sem manutenção e ao lado foi observado gordura no solo, que segundo o Sr. Luciney é da chaminé da cozinha;*
>
> *Os projetos presentes no processo de licenciamento ambiental apontam várias caixas de gordura, mas só foi possível identificar apenas uma caixa de gordura (restaurante) e uma caixa de passagem no jardim;*
>
> *O estabelecimento é dotado de canaletas com grelhas para captação de águas pluviais;*
>
> *Conforme o Sr. Maurício (arquiteto presente no local) toda a água pluvial captada é direcionada para uma caixa de infiltração, mas não foi possível identificar com clareza a mesma e sim foi observado uma tubulação profunda com espelho d'água no fundo e mesma eliminava odor desagradável;*
>
> *O local é provido de rede de abastecimento de água e de esgoto, segundo o Sr. Luciney o hotel é interligado tanto na rede de água quanto na rede de esgoto;*

> *Foi possível observar o poço de captação de água subterrânea com coordenadas Longitude 751.907 E Latitude 7.735.824 N (Datum WGS 84), segundo o Sr. Luciney encontra-se desativado;*
>
> *(...)*
>
> *Considerando-se que a atividade é desenvolvida em desacordo com a licença ambiental, foi emitida notificação de nº 354176 e a notificação nº 364175 por operar atividade potencialmente poluidora sem licença ambiental (poço de captação de água tratada).”*

Por outro lado, a agravada, ao alegar sobre a provável irreversibilidade da medida, consistente na falta é água, - que não pode ocorrer, pois está evidenciada a ligação com a rede da concessionária Águas de Guariroba S/A – acaba por confirmar que o uso da água captada dos poços não é só para limpeza ou a irrigação de jardins, quando afirma que:

> *“Assim está ausente um dos requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada, vez que não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pelo contrário, tal dano encontra-se presente em desfavor do Agravado, que poderá sofrer prejuízos imediatos e irreversíveis ao estabelecimento e seus hóspedes, como a eventual falta de água no hotel.”* (f. 523, último parágrafo).

Ora, se a agravada Grand Park Hotel Ltda. Está conectada com os serviços públicos de água e de esgoto, como poderia o tamponamento dos poços gerar a falta de água? A irreversibilidade, portanto, não está configurada.

Portanto, ao contrário do que alega a agravada, há prova inequívoca a respeito das irregularidades na captação de água subterrânea, especialmente quanto à inobservância das normas jurídicas que regulam os recursos hídricos (Leis nº 6.938/1981, nº 9.433/1997, nº 11.445/2007 e na Portaria nº 2.914/2011, do Ministério da Saúde), e receio de dano irreparável à saúde dos hóspedes do Grand Park Hotel Ltda. e demais usuários, quanto à utilização de água sem garantia de potabilidade.

Nesse sentido, é o parecer da Procuradoria de Justiça:

> *“(...) Segundo consta, o Ministério Público Estadual promoveu a Ação Civil Pública em face dos Agravados, ante o uso indevido e ilegal de poços para captação de água, não obstante a existência da possibilidade de ligação com a rede pública de água e esgoto.*
>
> *Extrai-se do aludido processado que perante o conhecimento de que o Hotel agravado, apesar da disponibilidade de redes de distribuição de água tratada e de esgotamento sanitário para tratamento, descumpria as legislações federal, estadual e municipal que obrigam a conexão e o efetivo consumo dos serviços públicos mencionados, o Ministério Público Estadual promoveu tentativa de regularização consensual, o que não logrou êxito, tendo a concessionária informado no dia 13.02.2012, que não obstante as tratativas e a adesão de alguns empreendimentos e a negativa de outros, nenhum dos empreendimentos concordaram no tamponamento do poço de captação de água subterrânea (desativação).*
>
> *Na sequência, houve a instauração do inquérito civil pelo Ministério Público para apurar a instalação e a operação no empreendimento do Agravado das atividades de captação de água subterrânea (poço), bem como sua distribuição aos hóspedes e freqüentadores para consumo, e de coleta e destinação inadequada de esgoto (fossa), em desacordo com a Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) e a Lei nº*

11.445/2007 (Saneamento Básico), o qual constatou que além das ilegalidades apontadas na Portaria, os Agravados exerciam as atividades no ramo da hotelaria cometendo diversas infrações.

Com base no aludido inquérito, o Ministério Público Estadual promoveu a Ação Civil Pública objeto deste agravo, ante o uso indevido e ilegal de poços para captação de água, pelo Agravado, não obstante exista a possibilidade de ligação com a rede pública de água e esgoto.

A referida demanda visa concretizar o direito fundamental da população local ao saneamento básico, não se podendo olvidar que água tratada e o esgoto tratado são direitos essenciais do ser humano.

Sobre essa questão a legislação federal, estadual e municipal, à exemplo dos diplomas legais supracitados, vêm reiteradamente exigindo que as edificações urbanas estejam conectadas às redes públicas de água tratada e esgotamento sanitário para tratamento, bem como que haja efetiva utilização e consumo dos produtos e serviços prestados, sendo proibida a utilização de poços e de fossas quando houver disponibilidade de redes públicas de fornecimento de água tratada e de esgotamento sanitário para tratamento.

À Secretaria Municipal de Saúde cabe o dever de exercer a vigilância sanitária da qualidade da água e de não tolerar o uso de água de poços (solução alternativa) quando houver disponibilidade de rede pública de distribuição de água (art. 12, I, e parágrafo único da Portaria nº 2.914/2011).

Quando houver, portanto, a disponibilidade de redes públicas de água tratada e de esgotamento sanitário para tratamento, a conexão às respectivas redes é obrigatória, assim como a efetiva utilização e consumo da água tratada (produto) e do esgotamento sanitário para tratamento (serviços).

Por essa razão entende-se que houve desobediência dos Agravados à legislação ambiental, o que motivou a propositura da ação civil pública pelo agravante com pedido de tutela de urgência, considerando os danos a serem evitados.

Embora a decisão singular tenha indeferido o pedido urgente de tamponamento de poços de captação de água subterrânea no estabelecimento do requerido e de não utilização dos sistema alternativo de captação de água, por entender que os mesmos se revelam irreversíveis, não remanescem dúvidas sobre a reversibilidade da medida almejada, já que o tamponamento, que é apenas um dos meios para não haver captação ilegal de água, se trata de medida branda de fácil cumprimento, pois pode ser feito provisoriamente pelos órgãos ambientais via lacre, lembrando ainda que a pretensão máxima do Agravante reside em impedir o uso do poço como meio alternativo de captação de água, o que também pode ser feito por meio de determinação judicial de não fazer, passível de inspeção pelo Ministério Público, pela concessionária de água e pelos órgãos ambientais.

De outro norte, ao lado da verossimilhança, o deferimento da tutela antecipada exige ainda o "dano irreparável ou de difícil reparação" que traduz a consagrada fórmula do periculum in mora, consoante já mencionado.

No caso vertente, o risco de dano irreparável e de difícil reparação ao meio ambiente, caso não reste impedido o uso do poço como meio alternativo de captação de água, é de clara evidência, haja vista o risco de degradação ambiental. (possibilidade de contaminação do lençol freático).

Perante a não concessão do provimento urgente requerido exsurge ainda na espécie, o chamado risco de irreversibilidade reversa, nos termos do §2º do art. 273 do CPC, haja vista que a não concessão da medida urgente nesta fase processual colocará em risco o processo principal na medida em que subtrairá o resultado útil que dele se espera, considerando ainda o fato de que a recuperação ambiental é dispendiosa e lenta e, por vezes, impossível.

b. Da inversão do ônus da prova

No que tange a inversão do ônus da prova indeferida pelo Juiz singular, tal entendimento não merece subsistir haja vista que de acordo com o Superior Tribunal de Justiça esse procedimento decorre da aplicação do princípio da precaução, sendo plenamente cabível a "inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente – artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85".

(...)

Ante o exposto, a Procuradoria de Justiça opina:

- pelo CONHECIMENTO e provimento do recurso de agravo, para que a decisão singular seja reformada no sentido de conceder a medida urgente requerida no sentido de determinar o tamponamento do poço de captação de água presente no imóvel e/ou determinação de abstenção de utilização de qualquer meio alternativo de abastecimento de água (obrigação de não fazer), bem como de determinar a inversão do ônus da prova."

Quanto à inversão do ônus da prova, com razão o Ministério Público Estadual. É que, em se tratando de ação civil pública que se relacione com a proteção de bem difuso, a inversão ocorre em favor do titular do bem tutelado, e não em benefício do Ministério Público, segundo entendimento do STJ a respeito do tema, *in verbis*:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. ADIANTAMENTO DE DESPESAS PERICIAIS. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. ENCARGO DEVIDO À FAZENDA PÚBLICA. DISPOSITIVOS DO CPC. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Segundo jurisprudência firmada pela Primeira Seção, descabe o adiantamento dos honorários periciais pelo autor da ação civil pública, conforme disciplina o art. 18 da Lei 7.347/1985, sendo que o encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplicação analógica da Súmula 232/STJ.

2. Diante da disposição específica na Lei das Ações Civis Públicas (art. 18 da Lei 7.347/1985), afasta-se aparente conflito de normas com os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o tema, por aplicação do princípio da especialidade.

3. Em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução. Precedentes.

4. Recurso especial não provido."

(REsp 1237893/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013)

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 333, I, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Na ação civil pública ambiental em que o Ministério Público Federal seja o autor, a competência é da Justiça Federal (art. 109, I, e § 3º, da CF).

2. "Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva." (REsp 1.049.822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 18.5.2009.) Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1192569/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010)

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA.

1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo.

2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado due process, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.

4. O legislador, diretamente na lei (= ope legis), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= ope judicis), modifica a incidência do onus probandi, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitem no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.

5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e ope legis, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e ope judicis (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

> *6. Como corolário do princípio in dubio pro natura, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva"* (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).
>
> *7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo* (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).
>
> *8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido.*
>
> *9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. "Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade"* (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 4.6.2008).
>
> *10. Recurso Especial não provido."*
>
> (REsp 883.656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012)

Em face do exposto, rejeito a preliminar de conexão, suscitada em contrarrazões pelo Município de Campo Grande, e, no mérito, de acordo com o parecer, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, a fim de confirmar a decisão de f. 430-432, que determinou aos agravados Grand Park Hotel Ltda., Jair Pandolfo, Alessandra Patrícia Pandolfo e Leandro Jair Pandolfo e Benildo Domingos Carrer a realização do tamponamento do (s) poço (s) de captação de água subterrânea, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da intimação, sob pena de pagamento de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a incidência da multa a 90 (noventa dias) e ao valor de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), sendo que esses fatores poderão ser alterados, conforme as circunstâncias, bem como possibilitar a inversão do ônus da prova, com base no art, 6º, VIII, e 117, ambos do CDC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar, no mérito, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Josué de Oliveira e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 08 de abril de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0006871-53.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – LIMITE DE IDADE – DETERMINAÇÃO DO STJ – RECURSO REPETITIVO – 21 ANOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O inc. I do art. 16 da Lei 8.213/91, desde a sua redação original, admite, como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual.

Inteligência do REsp 1.369.832/SP.

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

Campo Grande, 10 de junho de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV apela da sentença que concedeu a ordem no Mandado de Segurança impetrado por A. L. G. M. para determinar a continuidade do pagamento do benefício de pensão por morte até completos 24 anos ou conclusão de curso superior, o que ocorrer primeiro.

Para tanto, sustenta que a perda da qualidade de dependente ocorre quando o filho completa 18 anos, nos termos do artigo 15 da Lei Estadual n. 3.150/2005.

Ressalta que na legislação do Regime Geral de Previdência Social não existe previsão de pagamento de pensão por morte quando atingida maioridade, ou seja, estabelecer o benefício distinto do referido regime, de acordo com o artigo 7º da Lei 9.717/98 c/c artigo 28 da Portaria MPS n. 402/2008 incorre em penalização e desrespeito ao equilíbrio econômico-financeiro atuarial da previdência.

Por fim, pugna pela reforma da decisão e consequente rejeição dos pedidos iniciais.

Resposta às fls. 142/150.

Retorno dos autos da Vice-Presidência para adequação do entendimento nos termos do REsp 1.369.832/SP.

VOTO

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

Noticia os autos que o apelado tornou-se beneficiário de pensão por morte deixada por sua genitora.

Esclarece que quando completou 18 anos teve o seu benefício previdenciário cancelado por ter atingido o limite de idade fixado pela antiga Lei que tratava da previdência social dos funcionários públicos do Estado.

Defendeu o direito de continuar recebendo o benefício previdenciário até o limite de 24 (vinte e quatro) anos ou quando vier a concluir o curso, que faz com fundamento nos artigos 1º, inciso III, 6º e 205 da Constituição Federal, artigo 35, § 1º, da Lei Estadual nº 9.250/95 e artigo 11, III, da Lei Estadual nº 3.150/2005.

O magistrado concedeu a ordem pleiteada e, contra essa decisão se insurge a apelante. Foi negado provimento ao recurso pelo órgão colegiado, entretanto, por determinação do Superior Tribunal de Justiça a decisão deverá ser reformada para que o benefício seja pago somente até que o apelado complete 21 anos.

Vejamos o teor do Recurso Repetitivo:

> *Narram os autos que o recorrido ajuizou ação ordinária em 14/7/03, postulando o restabelecimento de seus benefícios de pensão por morte, deferidos em 23/12/94 e 5/10/01, respectivamente pelo falecimento de seu pai e de sua mãe, cessados em 9/7/03 devido ao implemento de seus 21 anos de idade. Sustentou, na exordial, que, por não exercer atividade remunerada, e diante da sua condição de órfão e estudante universitário, faz jus ao benefício até completar seus estudos.*
>
> *Contudo, o pedido foi julgado improcedente, ante a falta a vedação legal prevista no art. 16 da Lei 8.213/91.*
>
> *Em grau de apelação, a sentença foi reformada sob o fundamento de que, embora na lei previdenciária não haja previsão de continuidade do benefício para os não inválidos que completam 21 anos de idade, a decisão deve ser norteada pelo princípio da razoabilidade. E, dessa forma, considerou razoável o limite de 24 anos para a percepção da pensão, de forma a permitir a conclusão do nível superior.*
>
> *Irresignada, a autarquia insurge-se neste recurso especial, defendendo que, em momento algum a Lei 8.213/91 excepciona o estudante universitário para prorrogação da idade máxima fixada para o recebimento de pensão por morte.*
>
> *No tocante à apontada omissão, razão não assiste ao recorrente.*
>
> *Verifica-se que "o Tribunal de origem examinou a questão supostamente omitida de forma criteriosa e percuciente, não havendo falar em provimento jurisdicional faltoso, senão em provimento jurisdicional que desampara a pretensão da embargante"* (REsp 1.124.595/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe de 20/11/09).
>
> *No mérito, entretanto, razão assiste ao recorrente. É cediço que a concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Na esteira desse raciocínio, a Terceira Seção desta Corte fez editar a Súmula 340/STJ, segundo a qual "A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado".*

No caso concreto, como visto, o óbito dos instituidores da pensão ocorreu, respectivamente, em 23/12/94 e 5/10/01, durante a vigência do inc. I do art. 16 da Lei 8.213/91, o qual, desde a sua redação original, admite, como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual.

Impende ressaltar, apenas a título de registro, que, na legislação anterior, a Consolidação das Leis da Previdência Social – CLPS, expedida pelo Decreto 89.312/84, fazia distinção etária, garantindo a condição de dependente da filha, se solteira, até os 21 anos, enquanto ao filho, somente até os 18 anos, excetuada a invalidez.

A referida diferenciação foi corrigida a partir do advento da Constituição Federal, que, no § 6º do art. 227, determinou que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Dessa forma, a extinção da relação jurídica previdenciária ocorreu, consoante art. 77, II, da Lei 8.213/91, com a maioridade do recorrido. Nesse sentido, transcrevo o ensinamento de Raimundo Nonato Bezerra Cruz (Pensão por Morte do Direito Positivo Brasileiro , 1ª ed., São Paulo: Livraria Paulista, 2005, p. 133):

A perda da qualidade de dependente faz desaparecer o status de beneficiário e, via de conseqüência, perece seu direito a qualquer prestação.

Temos, neste caso, a perda da vinculação que coloca o dependente fora da incidência da proteção social inerente aos benefícios. A qualidade jurídica de dependente é condição para integrar a relação jurídica de proteção para fazer jus ao benefício da pensão por morte.

Não há falar, portanto, em restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido diante da taxatividade da lei previdenciária, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo.

A propósito, confiram-se os precedentes transcritos a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO STF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE 21 ANOS. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ A IDADE DE 24 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SÚMULA 83 DO STJ.

1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. A análise de suposta ofensa a dispositivos constitucionais compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Constituição da República, sendo defeso o seu exame em âmbito de recurso especial.

3. A jurisprudência do STJ pacificou o entendimento de que a pensão por morte rege-se pela lei vigente à época do óbito do segurado. Na hipótese dos autos, o falecimento do pai do agravante ocorreu em 16.02.1997, na vigência da Lei 8.213/91, que prevê em seu artigo 77, § 2º, inciso II, a cessação da pensão por morte ao filho, quando completar 21 anos de idade, salvo se for inválido.

4. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante desta Corte Superior impõe a aplicação, à hipótese dos autos, do enunciado Nº 83 da Súmula do STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1.076.512/BA, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (Des. conv. TJ/RS), Sexta Turma, DJe 3/8/11, grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LEI Nº 8.213/91. IDADE LIMITE. 21 ANOS. ESTUDANTE. CURSO UNIVERSITÁRIO.

A pensão pela morte do pai será devida até o limite de vinte e um anos de idade, salvo se inválido, não se podendo estender até os 24 anos para os estudantes universitários, pois não há amparo legal para tanto. Recurso provido. (REsp 639.487/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, DJ 1º/2/06) PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE DE SEGURADO. FILHA MAIOR DE 21 ANOS DE IDADE. PERDA DA QUALIDADE DE BENEFICIÁRIA. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. CARÁTER ALIMENTAR. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Tribunal a quo, ao analisar os embargos declaratórios do INSS, apreciou todas as questões relevantes para o deslinde da controvérsia. Ademais, não há confundir decisão contrária ao interesse da parte com a falta de pronunciamento do órgão julgador.

2. É cediço que a concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Na esteira desse raciocínio, vê-se que o fato gerador para a concessão da pensão por morte é o óbito do segurado, instituidor do benefício.

3. O art. 16 da Lei 8.213/91, em sua redação original, não admite, como beneficiários, na condição de dependentes de segurado, indivíduos maiores de 21 anos e menores de 60 anos, exceto se comprovadamente inválidos.

4. Não há falar, portanto, em restabelecimento da pensão por morte à beneficiária, maior de 21 anos e não-inválida, uma vez que, diante da taxatividade do diploma legal citado, não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Parlamento.

5. A Terceira Seção desta Corte, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, firmou entendimento no sentido da impossibilidade da devolução, em razão do caráter alimentar dos proventos percebidos a título de benefício previdenciário.

Aplica-se, in casu, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (REsp 771.993/RS, de minha relatoria, Quinta Turma, DJ 23/10/06)

Registro, ademais, que a pretensão de extensão da pensão devida a dependente de servidor público, de igual modo, já foi afastada na Corte Especial pelos mesmos fundamentos, verbis :

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO TEMPORÁRIA POR MORTE DA GENITORA. TERMO FINAL. PRORROGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. 1. A Lei 8.112/90 prevê, de forma taxativa, quem são os beneficiários da pensão temporária por morte de servidor público civil, não reconhecendo o benefício a dependente maior de 21 anos, salvo no caso de invalidez. Assim, a ausência de previsão normativa, aliada à jurisprudência em sentido contrário, levam à ausência de

direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante, estudante universitário, de estender a concessão do benefício até 24 anos. Precedentes: (v.g., REsp 639487 / RS, 5ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 01.02.2006; RMS 10261 / DF, 5ª T., Min. Felix Fischer, DJ 10.04.2000).

2. Segurança denegada. (MS 12.982/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, DJe 31/3/08)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para julgar improcedente o pedido inicial do autor. Deixo de condená-lo nos ônus de sucumbência em razão de ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (fl. 18e). Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil."

Portanto, seguindo determinação do Superior Tribunal de Justiça, dou parcial provimento ao recurso para condenar a apelante ao pagamento da pensão por morte apenas até os 21 anos do apelado, com correção e atualização nos termos já firmados na sentença.

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. Divoncir Schreiner Maran

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. João Maria Lós.

Campo Grande, 10 de junho de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0801396-91.2013.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – COMPENSAÇÃO DE CHEQUE CLONADO – DEVOLUÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE SALDO – DANO MORAL CARACTERIZADO – *IN RE IPSA* –PRESCINDIBILIDADE DE PROVA – SÚMULA 388 STJ – DEVER DE REPARAR – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – OBSERVÂNCIA DO TRINÔMIO REPARAÇÃO-PUNIÇÃO-PROPORCIONALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

A compensação do cheque clonado pela instituição financeira e a consequente devolução da cártula, em razão da insuficiência de saldo, configuram falha no serviço por ela prestado que, diante da responsabilidade objetiva enseja o dever de indenizar.

A simples devolução indevida de cheque caracteriza prejuízo moral indenizável (verbete de súmula nº 388 do STJ).

O valor fixado pelo magistrado em R$ 10.000,00, se mostra suficiente para compensar o autor pelo dano sofrido e para desestimular a conduta do Banco, estando em consonância com os parâmetros adotados por este Tribunal de Justiça.

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 maio de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Banco Bradesco S/A apela da sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais ajuizada por Paulo Martins de Oliveira Neto.

Afirma que não houve violação a ordem jurídica hábil a ensejar o pagamento de indenização, visto que nenhuma das lâminas de cheque supostamente clonadas foram compensadas.

Aduz que os danos sofridos pelo apelado foram ocasionados por culpa exclusiva de terceiro, razão pela qual deve ser afastada a responsabilização da instituição financeira.

Ressalta, outrossim, que a fixação da verba indenizatória em R$ 10.000,00 não observou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença e julgar totalmente improcedente o pedido inicial. Alternativamente, pede a redução do *quantum* fixado.

Em resposta (fls.107-110), o apelado pugna pela manutenção da decisão recorrida.

VOTO

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

Paulo Martins de Oliveira Neto ajuizou ação de indenização por danos morais em razão dos prejuízos experimentados com a clonagem de duas lâminas de cheques emitidos por falsário à empresa ré.

O magistrado julgou procedente a pretensão autoral e condenou o Banco a pagar R$ 10.000,00 pelos danos morais ocasionados.

Nas razões recursais a empresa-ré afirma que o autor não sofreu prejuízo pois os cheques não foram compensados e, ainda, que incide a excludente do dever de indenizar prevista no artigo 14, §3º, inciso II, CDC. Alternativamente, pediu a redução do *quantum* indenizatório.

O recurso não merece prosperar.

É fato incontroverso nos autos que o autor teve duas lâminas de cheques clonadas (nº 000010 e nº 000012), sendo que ambas foram compensadas, com a diferença de que a primeira foi devolvida por insuficiência de saldo e a segunda devidamente debitada na conta bancária de titularidade do autor, tanto que o próprio apelante reconheceu tais e, inclusive, devolveu o valor descontado da conta corrente referente ao segundo cheque, conforme se vê dos extratos de fls. 95-100.

A propósito, elucidou o magistrado singular:

> *" O banco não questiona a clonagem. Pelo contrário, o que se percebe de sua contestação é que a clonagem efetivamente aconteceu, que as cártulas foram devolvidas em prejuízo do autor e que, inclusive, o valor descontado por meio de uma dessas lâminas de cheque foi estornado pelo banco." (fl.79).*

Assim, apesar de não se desconhecer que houve ação de terceiro de má-fé, que utilizou indevidamente cheque em nome do autor, tal fato não afasta a responsabilidade do apelante.

Isso porque, diante da atividade de risco desenvolvida, responde a empresa pelas disfunções de sua atividade, absorvendo os danos decorrentes, que não podem ser repassados ao consumidor.

Logo, ainda que a situação não tenha sido perpetrada com a participação da instituição financeira, mas sim exclusivamente por terceiro, configura falha no serviço por ela prestado que, diante da responsabilidade objetiva que independe da prova da culpa, determina a reparação do dano moral suportado pelo consumidor, *ex vi* do disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que reza:

> *"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."*

Nesse sentido, anota Márcia Regina Frigeri:

> *"A organização e capacidade técnica dos bancos os distancia dos clientes, que são leigos e desconhecedores desse funcionamento administrativo. Destarte, importa estatuir uma responsabilidade maior aos banqueiros, baseada na teoria do risco empresarial, também conhecida por culpa de serviço."* (Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 9).

Destarte, em que pese não haver notícia de inscrição do nome do autor nos cadastros de inadimplentes, a tão só devolução por falta de provisão de fundos do cheque caracteriza o dano moral, conforme a jurisprudência pátria:

> *APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. DANOS MORAIS. CHEQUE CLONADO. DEVOLUÇÃO DE TÍTULO POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS.*
>
> *A simples devolução indevida de cheque caracteriza prejuízo moral indenizável (verbete de súmula nº 388 do STJ). Situação específica em que o autor teve cheque vinculado à sua conta corrente clonado e encaminhado indevidamente à câmara de compensação, com devolução por insuficiência de fundos (motivo 11).* (Apelação Cível nº 70045702768, Rel. DES. LUIZ ROBERTO IMPERATORE DE ASSIS BRASIL, 11ª Câmara Cível, 21.03.2012, TJRS).
>
> *AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - O requerido tem responsabilidade objetiva pelo defeito na prestação do serviço ao permitir a compensação de cheque falsificado - Danos materiais e morais configurados - A fixação do dano moral deve ser ponderada, visando a inibir a repetição da conduta danosa, sem importar enriquecimento sem causa do lesado - Assim, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, tem-se que o valor fixado pelo nobre magistrado em R$ 10.000,00, se mostra suficiente para compensar a autora pelo dano sofrido e para desestimular a conduta do réu - Sentença mantida. Recurso não provido.* (Apelação nº 0027488-32.2011.8.26.0005, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Renato Rangel Desinano, j. 07.04.2014, TJSP).

O Superior Tribunal de Justiça, acerca do tema, já editou, inclusive, verbete de súmula a respeito da questão:

> *"A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral.* (Súmula 388, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 01/09/2009)."

Portanto, inconteste a responsabilidade do apelado, bem assim o dano moral, decorrente da ofensa à imagem do apelante, está caracterizado o dever de repará-lo,cabendo, então, a análise do *quantum* indenizatório.

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

In casu, demonstrada a abusividade do ato praticado pelo Banco, e levando em conta as condições econômicas e sociais do ofendido, tendo litigado ao pálio da justiça gratuita, e da agressora, empresa com alto capital social; a gravidade potencial da falta cometida; o caráter coercitivo e pedagógico da indenização; os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; tratando-se de dano moral puro; e que a reparação não pode servir de causa a enriquecimento injustificado, impõe-se a manutenção do montante indenizatório em R$ 10.000,00 (seis mil reais); *quantum* que se revela condizente com as peculiaridades do caso, estando em consonância com os parâmetros adotados por este Tribunal de Justiça:

> *"Neste aspecto, observo que ao fixar os valores a título de indenização por danos morais o juiz deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso concreto, tais como o grau de culpa, a lesividade do ato e o nível socioeconômico das partes, obstando o enriquecimento sem causa do ofendido e repreensão ao ofensor. Sendo assim, considerando que embora o valor do cheque devolvido não chegue a R$ 500,00, o dano não é necessariamente proporcional a este valor. Assim, tenho que a condenação deve ser fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais), que entendo suficiente para amenizar o constrangimento experimentado pela empresa apelada, sem, contudo, gerar enriquecimento sem causa.* (Apelação Nº 0056836-97.2011.8.12.000, Relator Designado– Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 5ª Câmara Cível, j. 27.09.2012).

Posto isso, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

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. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 13 de maio de 2014.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 1401517-60.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CONVOCAÇÃO DE CANDIDATO PARA A ETAPA FINAL E POSSE SOMENTE PELO DIÁRIO OFICIAL – INSUFICIÊNCIA – CONVOCAÇÃO ANTERIOR POR OUTROS MEIOS DE COMUNICAÇÃO – EXPECTATIVA DO CANDIDATO EM RECEBER A CONVOCAÇÃO PELO SITE DISPOSTO NO EDITAL – ART 37 DA CF – NECESSÁRIA PUBLICIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO – CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

Em observância aos princípios constitucionais da razoabilidade e publicidade, resta evidente que a Administração Pública não atendeu às exigências do Edital, no sentido de dar ampla publicidade ao ato de convocação dos candidatos para a realização da inspeção médica e posse dos mesmos, pois diante da omissão quanto a forma de divulgação da referida etapa, deveria ter mantido as formas de publicação adotadas desde o início, a fim de facilitar o conhecimento dos aprovados acerca de suas convocações.

Em atendimento ao que preceitua o artigo 37, caput, da Constituição Federal, é dever da Administração conferir aos seus atos a mais ampla divulgação possível, principalmente quando os administrados forem individualmente afetados pela prática do ato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e com o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 16 de abril de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Rodrigo Varanauskas Kassar impetra mandado de segurança em face do ato proferido pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e da Secretária de Estado de Administração, consistente em convocação para inspeção médica e posse, pelo Edital n° 01/SAD/AGEHAB/2013, somente por publicação no Diário Oficial do Estado.

Afirma que participou do referido certame para ingresso em carreira do Poder Executivo, no cargo de Técnico de Programas Habitacionais, na Secretaria de Estado de Administração e da Agência Estadual de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul-AGEHAB, tendo sido aprovado em 9° lugar.

Relata que foi convocado para a última etapa do certame, qual seja, inspeção médica e posse, que ocorreria em 11 de dezembro de 2013, na AGEHAB, somente por meio do Edital n° 01/SAD/AGEHAB/2013, publicado no Diário Oficial do Estado n°8.565/2013.

Assevera que todas as publicações anteriores, restaram amplamente divulgadas aos candidatos interessados no Diário Oficial do Estado e no site www.concurso. ms. gov.br, em atendimento às regras contidas no Edital.

Assim, alega que, acompanhou todas as informações e homologações de resultados do concurso, pelo site, e não tomou conhecimento de sua convocação para inspeção médica e posse, pois esta foi publicada de forma exclusiva no Diário Oficial do Estado.

Assevera que resta evidente o ato ilegal proferido pelos impetrados, que acabou por ferir o direito líquido e certo do impetrante, eis que o Edital desde o início divulgou todas as etapas do concurso no Diário Oficial do Estado, bem como, no site www.concurso.ms.gov. br.

Obtempera que como em todo o certame foram amplamente divulgadas todas as etapas, obviamente que a nomeação e convocação para inspeção médica e posse, não poderia ter sido publicada por um só meio de publicidade, haja vista que tratava-se de etapa final do certame.

Ao final, requer a procedência do pedido inicial, a fim de tornar definitiva a medida liminar concedida ao impetrante, mediante comunicação das autoridades coatoras.

A liminar foi deferida às f.214-219.

A Secretária de Estado de Administração ratificou as informações prestadas pela Procuradoria Geral do Estado (fls.231).

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às fls.232-242, sustentando que o impetrante teve ciência inequívoca da publicação do resultado final como todos os demais aprovados em todas as etapas do concurso. Aduz que a Administração Pública agiu rapidamente na homologação, nomeação e posse dos aprovados, e que estes atos se sucederam sem o transcurso de lapsos temporais prolongados, restando desnecessária a intimação pessoal dos candidatos, já que entre as etapas de homologação e convocação para a posse decorrereram somente oito dias.

Afirma não haver direito líquido e certo a ser amparado, pois as fases de nomeação, inspeção médica e posse no cargo, não constituem fases do certame, não havendo previsão expressa no Edital de que estas convocações também seriam realizadas pelo site.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou em seu parecer fls.244-254, pela concessão da segurança pleiteada, face à ocorrência de ilegalidade a ferir direito líquido e certo do impetrante.

VOTO (EM 16.04.2014)

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

O impetrante participou do concurso público para investidura no cargo de Técnico de Programas Habitacionais, na Secretaria de Estado de Administração e da Agência Estadual de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul-AGEHAB, tendo sido aprovado em 9° lugar. Irresignado com a informação de que havia perdido a etapa de inspeção médica e posse, pois não tomou conhecimento de sua convocação, diante da ausência de divulgação no Diário Oficial do Estado e no site www.concurso. ms. gov. br, impetrou o

presente *mandamus* a fim de viabilizar a realização da inspeção médica e o seu regular ingresso na carreira com respeito a sua ordem de classificação.

O edital n.1/SAD/AGEHAB/2013, do concurso (fls. 17-49) é assim redigido, no que importa:

> *"(...) 2.5*
>
> *B) realizar a inscrição via internet, preenchendo formulário disposnível no* ***site www.Concurso. ms. gov. br*** *e encaminhar ou entregar o laudo médico oroginal (...)"*
>
> *(...)2.9*
>
> *B)* ***realizar a inscrição via internet e preencher o formulário disponível no site www.Concurso. ms. gov. br;*** *(...)*
>
> *(...)* ***4.3.2 Endereço Eletrônico do Concurso:***
>
> ***www.Concurso. ms. gov. br***
>
> *4.1.2.1 – Neste endereço estarão disponibilizados os Formulário de Inscrição "on line" para preenchimento, o documento de Arrecadação Estadual - DAMES para pagamento da taxa, e os Editais contendo toda a regulamentação, informações e resultados das etapas do Concurso Público de Provas e Títulos SAD/AGEHAB/2013. (...)*
>
> *(...) 4.8.3.1 –* ***A relação dos candidatos*** *com requerimento de isenção indeferido* ***será publicado no Diário Oficial do Estado, no endereço eltrônico www.Concurso. Ms.Gov.Br.*** *(...)*
>
> *(...)* ***6.1 – A relação dos candidatos inscritos será divulgada no Diário Oficial do Estado- DOE, no endereço eletrônico www.Imprensaoficial.Ms.Gov.Br e disponibilizada, via internet, no site www.concurso.ms. gov.br*** *(...)*
>
> *(...) 8.1 –* ***A prova escrita objetiva, de caráter eliminatório e classificatório, terá a duração de 4h e será realizada em Campo Grande/Ms em data, horário e endereço a serem divulgados através do Edital específico no Diário Oficial do Estado – DOE, no endereço www.imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizado, via internet, no site www. concurso.ms.gov.br (****...)*
>
> *(...) 8.5.10 – A relação de candidatos, por ordem alfabética, com a pontuação obtida na Prova Escrita Objetiva será divulgada no cargo/função e escolaridade através de edital específico,* ***no Diário Oficial do Estado – DOE, no endereço www.Imprensaoficial. Ms.Gov.Br e disponibilizada, via internet, no site www.concurso. ms. gov. br*** *(...)*
>
> *(...) 9.6.2* ***Julgados os recursos referentes ao Gabarito Oficial Preliminar da Prova Objetiva*** *e apurados os resultados, a Secretaria de Estado e Administração* ***divulgará os resultados dos recursos impetrados pelos candidatos no Diário Oficial do Estado – DOE, no endereço www.imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizados no site www.concurso. ms. gov. br*** *(...)*
>
> *(...) 9.7.2* ***A relação dos candidatos aprovados na Prova Escrita Objetiva será divulgada através de Edital próprio, publicado no Diário Oficial do Estado – DOE, no endereço www.imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizados no site www.concurso. ms.gov.br,*** *contendo a pontuação obtida pelos candidatos, por ordem decrescente de pontuação, por cargo/função/escolaridade, por unidade de lotação e exercício (...)*

> *(...) 12.1 –* ***O resultado final do Concurso Público de Provas e Títulos – SAD/ AGEHAB/2013 será divulgado mediante edital publicado no Diário Oficial do Estado- DOE, no endereço www. imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizados no site www. concursos. ms. Gov.br.*** *(...)*
>
> *(...) 12.2 –* ***Será publicada a classificação final*** *do Concurso Público de Provas e Títulos- SAD/AGEHAB/2013, contendo a relação nominal de todos os candidatos aprovados em todas as etapas do concurso em ordem crescente de classificação e com a pontuação obtida em ordem decrescente, por cargo e função e escolaridade, através de Edital específico do Secretário de Estado de Administração em conjunto com a Diretora-Presidente da Agência de Habitação Popular do Estado de Mato Grosso do Sul, e homologado pelo Governador do Estado,* ***no Diário Oficial do Estado- DOE, no endereço www. imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizado no site www.Concurso.ms.gov.br.***
>
> *(...) 14.7 –* ***As normas estabelecidas neste Edital poderão sofrer eventuais alterações, atualizações ou acréscimos, enquanto não consumada a providência ou o evento que lhes disser respeito, circunstância esta que será divulgada em edital a ser publicado no Diário Oficial do Estado – DOE, no endereço www.imprensaoficial.ms.gov. br e disponibilizado no site www.concurso. ms.gov. br.*** *(...)"* (Destaquei).

Da análise dos itens colacionados, percebe-se que todas as informações relativas ao edital, e consectariamente, ao concurso público em questão foram realizadas em ambos os veículos de comunicação.

Verifica-se, ainda, que no que tange as etapas de nomeação, convocação para inspeção médica e posse, o referido edital foi omisso quanto a forma de publicidade adotada, dando margem a entendimento equivocado, que acarretou severas consequências ao ora impetrante, senão vejamos:

> *"(...) XIII – Da Nomeação e Posse:*
>
> *13.1 – A nomeação dos candidatos aprovados e classificados no Concurso Público de Provas e Títulos – SAD/AGEHAB/2013 será efetuada por ato do Governador do Estado e a posse formalizada mediante a lavratura do termo próprio, assinado pela autoridade competente, no prazo de trinta dias a contar da publicação da nomeação.*
>
> *13.2 –* ***A convocação dos candidatos far-se-á mediante edital próprio, para entrega dos documentos exigidos para o provimento do cargo/função observando-se rigorosamente a ordem de classificação dos candidatos, o prazo de validade do Concurso e da conveniência e necessidade da Administração Estadual.*** *(...)".* (Destaquei).

Assim, em observância aos princípios constitucionais da razoabilidade e publicidade, resta evidente que a Administração Pública não atendeu às exigências do Edital, no sentido de dar ampla publicidade ao ato de convocação dos candidatos para a realização da inspeção médica e posse dos mesmos, pois diante da omissão quanto a forma de divulgação da referida etapa, deveria ter mantido as formas de publicação adotadas desde o início, a fim de facilitar o conhecimento dos aprovados acerca de suas convocações.

No caso *sub judice,* a convocação para a inspeção médica deveria ter sido também divulgada no site www.concurso.ms.gov.br, haja vista ter restado desarrazoada a decisão da administração em convocar os candidatos somente com a publicação no Diário Oficial do Estado.

Neste sentido colaciono julgados proferidos pela Corte Superior:

> *"CONVOCAÇÃO DE CANDIDATO PARA FASE SUPERVENIENTE APENAS PELO DIÁRIO OFICIAL - INSUFICIÊNCIA - CONVOCAÇÕES ANTERIORES POR OUTROS MEIOS PREVISTOS NO EDITAL - JUSTA EXPECTATIVA DE MANUTENÇÃO*

DAS COMUNICAÇÕES PELA INTERNET - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. ***Em concurso público, viola os princípios da publicidade e da razoabilidade a convocação de candidato para fase posterior apenas pelo diário oficial quando todas as comunicações anteriores haviam se dado também via internet. Precedentes.***

2. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no RMS 33.696/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 22/04/2013) (Destaquei)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOMEAÇÃO APÓS MAIS DE TRÊS ANOS DA DATA DE HOMOLOGAÇÃO DO CONCURSO. EFETIVAÇÃO DO ATO SOMENTE MEDIANTE PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA RAZOABILIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA.

1. Muito embora não houvesse previsão expressa no edital do certame de intimação pessoal do candidato acerca de sua nomeação, em observância aos princípios constitucionais da publicidade e da razoabilidade, a Administração Pública deveria, mormente em face do longo lapso temporal decorrido entre homologação do concurso e a nomeação do recorrente (mais de 3 anos), comunicar pessoalmente o candidato sobre a sua nomeação, para que pudesse exercer, se fosse de seu interesse, seu direito à posse.

2. ***De acordo com o princípio constitucional da publicidade, insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal, é dever da Administração conferir aos seus atos a mais ampla divulgação possível, principalmente quando os administrados forem individualmente afetados pela prática do ato****.*

3. Não se afigura razoável exigir que o candidato aprovado em concurso público leia diariamente, ao longo de 4 anos (prazo de validade do concurso), o Diário Oficial para verificar se sua nomeação foi efetivada.

4. Recurso ordinário provido.

(STJ, RMS 21554 / MG, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 02/08/2010) (Destaquei)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ***ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO MEDIANTE PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA RAZOABILIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA.*** *PRECEDENTES. 1.* ***Muito embora não houvesse previsão expressa no edital do certame de intimação pessoal do candidato acerca da sua convocação, em observância aos princípios constitucionais da publicidade e da razoabilidade, a Administração Pública deveria convocar pessoalmente o candidato, para que pudesse exercer, se fosse de seu interesse, seu direito à nomeação e posse. 2. De acordo com o princípio constitucional da publicidade, insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal, é dever da Administração conferir aos seus atos a mais ampla divulgação possível, principalmente quando os administrados forem individualmente afetados pela prática do ato. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.***

(STJ, Resp 23.467/PR, Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Julgado em 15/03/2011, DJE 25/03/2011). (Destaquei).

Assim, é cediço, que muito embora não houvesse previsão expressa quanto a forma de convocação referente a etapa trazida aos autos, em atendimento ao que preceitua o artigo 37, da Constituição Federal,

é dever da Administração conferir aos seus atos a mais ampla divulgação possível, principalmente no caso em questão, em que existe direito individual afetado.

Em suma, diante da falta da necessária publicidade, tenho por ilegal o ato de convocação do impetrante aprovado nas fases anteriores do certame, para a etapa de inspeção médica e posse, somente pelo Diário Oficial do Estado-DOE, tendo em vista que todas as comunicações referentes ao concurso tinham sido também divulgadas na internet.

Diante de todo o exposto, com o parecer, concedo a segurança, para determinar que caso o impetrante tenha sido considerado apto aos demais atos necessários ao seu ingresso na carreira, seja ele empossado nos moldes do item XIII do Edital n.01/2013 – SAD/AGEHAB do Estado de Mato Grosso do Sul. Sem condenação em honorários em face das Súmulas 105 do STJ e 521 do STF.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (3º Vogal)

A impetração não merece prosperar.

O Edital de Abertura do certame estabeleceu, expressamente, que os aprovados seriam convocados por edital (f. 37):

> *"13.2 - A convocação dos candidatos far-se-á mediante edital próprio, para entrega dos documentos exigidos para o provimento do cargo/função observando-se rigorosamente a ordem de classificação dos candidatos, o prazo de validade do concurso e da conveniência e necessidade da Administração Estadual."*

O impetrante admite que a nomeação e a convocação teriam ocorrido por meio de publicação oficial, mas impetra o presente *writ* por entender que deveria ser comunicado através do site do concurso, mesmo não havendo previsão no edital para tanto.

A respeito da força dos editais de concurso, assim já se manifestaram os Tribunais:

> *"Como é sabido, o edital de concurso faz Lei entre as partes, tendo como objetivo principal fixar regras que garantam a igualdade entre os candidatos. E, para preservar esta isonomia, não é possível flexibilizar regras ou critérios objetivamente estabelecidos."* [1]

> *"Segundo orientação doutrinária e jurisprudencial, o edital do concurso faz Lei entre as partes, razão pela qual vincula o candidato e a administração pública às suas regras."* [2]

Ou seja, o impetrante aderiu às regras expressas para o concurso, fez prova, foi classificado dentro das regras do edital, mas quando se sentiu prejudicado pelos procedimentos estabelecidos em caráter uniforme, isonômico e objetivo, manejou a presente demanda sob o argumento de que teria direito líquido e certo a ser tutelado.

Sequer é possível saber se o Estado tem condições de chamar candidatos, posto que seus endereços talvez nem sejam sabidos. Mas, ainda que possível, ou o impetrante o que é o princípio da publicidade, ou espera que "publicidade" se dê através de automóveis com autofalantes circulando pela cidade em busca de candidatos aprovados.

1 TJSC, Ap 2012.076257-8, 1ª Câm. de Dir. Públ., rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 19/02/2013, DJ 01/03/2013.

2 TJGO, MS 130041-15.2012.8.09.0000, rel. Des. Kisleu Dias Maciel Filho, DJ 05/02/2013.

O que o impetrante almeja (ser convocado por sítio eletrônico) extrapola os limites do edital de concurso. Nesta condição, é absolutamente inviável admitir que se trate de direito líquido e certo.

Desta forma, observando-se que a tutela pretendida nitidamente extravasa o previsto no edital de concurso público, não se observando *in concreto* qualquer irregularidade no procedimento adotado pela Administração Pública.

Ante o exposto, nego concessão ao mandado de segurança impetrado por Rodrigo Varanauskas Kassar.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (4º Vogal)

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (5º Vogal)

De acordo com o voto do Relator.

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

De acordo com o voto do Relator.

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

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Josué de Oliveira (8º Vogal)

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (9º Vogal)

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (10º Vogal)

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (11º Vogal)

De acordo com o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, com o parecer concederam a segurança, nos termos do voto do relator. ausente, justificadamente, o des. paschoal carmello leandro.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Josué de Oliveira, Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 16 de abril de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0028929-55.2008.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – EXECUÇÃO – ALIENAÇÃO DE IMÓVEL PERTENCENTE AO DEVEDOR – ALEGAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE REGISTRO DA PENHORA – BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE EVIDENCIADA – PROVA DOS AUTOS QUE, ADEMAIS, REVELA EFETIVAMENTE A COMPRA E VENDA, O PAGAMENTO DO PREÇO E A IMISSÃO DA ADQUIRENTE NA POSSE DO IMÓVEL – FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISTOS NECESSÁRIOS À CONFIGURAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO – INTELIGÊNCIA E APLICAÇÃO DA SÚMULA 375 DO STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA

A inexistência de registro da penhora ao tempo da celebração do negócio e a não demonstração de má-fé do terceiro que adquiriu o bem, pagando o preço e imitindo-se na posse, impõem a tutela do direito do terceiro de boa-fé, devendo ser mantida a sentença que julgou procedentes os embargos manejados para desconstituição da constrição judicial.

Inteligência e aplicação da Súmula 375 do STJ que diz que *"o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente"*.

Se o arbitramento dos honorários foi delineado segundo apreciação eqüitativa do magistrado, nos termos do art. 4º do art. 20 do CPC, considerando-se o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, deve-se manter o respectivo valor, uma vez não constatada excessividade na sua fixação.

Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

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, 22 de abril de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta pela requerida Adm – Indústria Comércio E Engarrafamento De Cachaça Ltda - às fls. 234/251, insurgindo-se contra a sentença de fl. 211, do douto juízo da 16ª Vara Cível

de Campo Grande/MS, que julgou procedente os embargos de terceiro, determinando o levantamento da penhora incidente sobre o bem cuja matrícula está à fl. 16, bem como condenou os requeridos ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$1.000,00 (mil reais).

Requer a apelante que seja dado provimento ao recurso para o reconhecimento da fraude à execução em razão da:

a) ausência de boa-fé da apelada, pois não apresentou certidões de feitos ajuizados expedida pela cartório distribuidor;

b) má-fé da apelada por não ter diligenciado a fim de obter informações do alienante, tendo feito o pagamento do imóvel à vista, pelo mesmo valor do valor efetuado oito anos antes e, assim, assumiu o risco do negócio;

c) irretroatividade da Lei 11.382/2006, não podendo lhe ser exigido o cumprimento de regra que não existia à época dos fatos, pois a certidão prevista no artigo 615-A passou a ter previsão legal somente em 2007.

Por fim, requer a apelante a diminuição dos honorários advocatícios, pois a Defensoria Pública compareceu apenas uma vez em audiência, já que anteriormente a apelada era assistida por advogado, sob pena de violação ao artigo 20, §4º do Código de Processo Civil.

A autora Tainara Garcez junta contrarrazões às fls. 260/264, alega não ter restado provada a fraude contra credores, pois não havia qualquer averbação ou registro na matrícula do imóvel que pudesse ser lançada contra terceiro, requerendo não seja conhecido o recurso, ante sua manifesta improcedência.

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta por Adm – Indústria Comércio e Engarrafamento de Cachaça Ltda – Adminco, irresignada com a sentença exarada à fl. 211, do douto juízo da 16ª Vara Cível de Campo Grande/MS, que julgou procedente os embargos de terceiro opostos por Tainara Garcez, a fim de desconstituir a penhora do imóvel matriculado no Cartório do 5º Ofício de Campo Grande/MS, sob o n.º 16.539, adquirido pela embargante do executado Wesley Adriano Santos.

O exeqüente/apelante pede em suas razões o reconhecimento da fraude à execução por ausência de boa-fé da apelada, por não ter apresentado certidões e por não ter diligenciado a fim de obter informações do alientante, bem como irretroatividade da Lei 11.382/2006, que exige a averbação da penhora junto à matrícula do imóvel. Pede também a apelante a redução dos honorários.

Em que pese a fundamentação do apelo, tenho que falece razão ao apelante.

I

Do mérito

Para melhor elucidar a questão, é imperioso fazer uma breve digressão dos fatos.

O embargado/apelante em 06/05/2003 ajuizou ação de execução em face de Wesley Adriano Santos, que foi citado em 29/07/2003.

Estando o apartamento, objeto da discussão, hipotecado, conforme registro de fl. 42 dos autos de execução, o processo foi suspenso e arquivado em 09/06/2004, por não terem sido localizados outros bens livres.

No entanto, o processo foi desarquivado para apreciação de fraude à execução, sob o fundamento de que o executado teria vendido o apartamento à embargante Tainara Garcez, constando no registro a data de 02/04/2004 (fl. 68 da execução).

Na seqüência, foi declarada a ineficácia das alienações, procedendo-se à penhora do bem no dia 22/04/2008 (fl. 84 da execução).

Distribuído embargos de terceiro por Tainara Garcez, o feito executivo foi suspenso no dia 02/07/2008 (fl. 21).

Na sentença de fl. 211, sob o fundamento de que provado ter a embargante adquirido de boa-fé o imóvel antes da penhora, pois consta na escritura pública apresentação de certidões negativas, tendo sido tomados os cuidados mínimos por ela, bem como que o embargado não diligenciou no sentido de averbar junto à matrícula do imóvel a presença de execução, os embargos de terceiro foram julgados procedentes, determinando-se o levantamento da penhora.

O embargado/apelante alega que a embargante não procedeu as diligências mínimas e legalmente exigidas, pois não apresentou certidões de feitos ajuizados, tendo pago à vista o mesmo valor de venda do imóvel de oito anos antes, fatos que afastam sua boa-fé.

Afirma, ainda, o apelante que não houve averbação da penhora junto à matrícula do imóvel, pois à época não havia a previsão legal do artigo 615-A do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a expedição de certidão de distribuição de ação para averbação à margem de matrícula imobiliária.

Postas essas considerações, passo a decidir.

Tenho que não assiste razão ao apelante quando alega não ter agido com boa-fé a apelada.

É imperioso, para tanto, destacar que o contrato entre a embargante e Wesley Adriano Santos foi celebrado no dia 05/03/2004 e o registro de penhora somente foi levado a efeito no dia 13/05/2008.

Com essas datas, torna fácil demonstrar que a alienação dos imóveis ocorreu antes do registro da penhora; basta analisar os documentos de fls. 13/15.

Com a prova de que o contrato foi assinado no dia 05/03/2004 e que a do registro da penhora ocorreu somente no dia 13/05/2008, fica nítida a boa fé da embargante.

Os elementos coligidos nos autos atestam que a avença, efetivamente, foi firmada de maneira lícita, porque, ao tempo da alienação, não pendia qualquer registro da penhora no espelho imobiliário.

Anote-se que o executado foi citado em data de 29/07/2003, mas a penhora somente ocorreu no dia 13/05/2008.

O fato de a aquisição do bem por parte da embargante ter se dado depois da citação do executado não acarreta, *de per si,* a constatação de que a alienação, ocorrida depois, teria ocorrido em fraude à execução, como sustenta a apelante, sob o fundamento de que a esse tempo a adquirente já teria conhecimento da existência da execução.

A execução, de fato, foi iniciada em 06/05/2003, mas apenas em 17/12/2007 foi declarada a ineficácia da alienação e determinada a penhora do imóvel do executado, que já havia sido alienado à embargante.

Ocorre que mesmo tendo ocorrido a venda do bem no curso da execução é necessário averiguar se essa venda ocorreu em *concilium fraudis* e se houve, ou não, boa-fé da embargante/adquirente.

Este o núcleo da questão, de sorte que a má-fé do executado-alienante nada revela de importante para deslinde dos embargos de terceiro.

Ao meu modo de ver não restou compravada a má-fé da apelada, sendo portanto presumida a boa-fé, a qual se denota dos elementos dos autos, uma vez que a averiguação sobre a existência de execuções ajuizadas contra o vendedor, por si só não elide a boa-fé da compradora.

Ademais, nada constava no registro e a penhora somente foi concretizada muito tempo depois da aquisição do bem, ficando nítida a boa fé da embargante, até porque, *"na compra e venda de imóvel, a transcrição no registro imobiliário do título translativo da propriedade apenas completa, ainda que necessariamente, a operação iniciada com o contrato, ou qualquer outro negócio translativo. O modus é condicionado pelo titulus. O registro é ato automático, independente de providências do transmitente."* (Resp 5801/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, j. 10.12.1990, DJ 04.02.1991, p. 576). Grifei.

Assim, é possível vislumbrar que a embargante não tinha ciência da execução realizada, muito menos de que esta poderia perseguir o referido bem, pois, quando da consulta no Cartório de Registro de Imóveis, não constava nada nesse sentido.

Os elementos coligidos nos autos atestam que a avença, efetivamente, foi firmada de maneira lícita, porque, ao tempo da alienação, não pendia qualquer registro da penhora no espelho imobiliário ou constrição outra que reservasse o bem para pagamento da dívida do executado para com a apelante.

Saliente-se que a embargante não tinham como tomar conhecimento da existência de premente constrição no imóvel.

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 648.457/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/08/2005, DJ 29/08/2005 p. 334, decidiu:

> ***"Assentou a 2ª Seção do STJ que fica afastada a fraude à execução se, vendido o imóvel em data anterior à inscrição da penhora, não existir prova da má-fé do adquirente."*** *Negritei.*
>
> *E em outro aresto voltou aquele E. Tribunal Superior a decidir:*
>
> *"PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO NA PENDÊNCIA DE AÇÃO DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. BOA-FÉ PRESUMIDA. LEI N. 8.953/94. CPC, ART. 659. LEI N. 6.015/73, ART. 167, I, N. 5. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO.*
>
> *I. Não padece de nulidade o acórdão estadual que enfrenta as questões essenciais ao julgamento da lide, apenas com conclusão desfavorável à parte.*
>
> *II. Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.953/94, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito erga omnes e, nessa circunstância, torne-se impeditiva da venda a terceiros, em fraude à execução.*

III. Caso em que, à míngua de tal requisito, a alienação é eficaz, autorizando o uso de embargos de terceiro em defesa da titularidade sobre o imóvel pelos adquirentes.

IV. Precedentes do STJ.

V. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 557.358/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 18/03/2004, DJ 10/05/2004 p. 294)".

E, ainda:

PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 593, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

Para que se tenha por fraude à execução a alienação de bens, de que trata o inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil, é necessária a presença concomitante dos seguintes elementos:

a) que a ação já tenha sido aforada;

b) que o adquirente saiba da existência da ação, ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência (presunção juris et de jure contra o adquirente), ou porque o exeqüente, por outros meios, provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência;

c) que a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exeqüente a presunção juris tantum.

Inocorrente, na hipótese, pelo menos o segundo elemento supra- indicado, não se configurou a fraude à execução.

Entendimento contrário geraria intranqüilidade nos atos negociais, conspiraria contra o comércio jurídico e atingiria a confiabilidade nos registros públicos.

Recurso conhecido e provido.

*(*REsp 235.201/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 25/06/2002, DJ 11/11/2002, p. 220*)*

Assim, inexistente o registro de penhora no tempo do negócio e não demonstrada a má-fé da embargante, imperioso tutelar a terceira de boa-fé, razão pela qual o douto juízo sentenciante agiu com acerto ao julgar procedentes os embargos.

Sabe-se que a fraude à execução permite a decretação da ineficácia do negócio em virtude do dever de obediência ao ordenamento jurídico e, por outro lado, que a proteção do terceiro de boa-fé visa à segurança jurídica decorrente de relações jurídicas marcadas pela probidade e confiança, como é o caso presente.

Em razão disso, para que restasse configurada a fraude à execução, seria necessária a demonstração do *consilium fraudis*, que pressupõe o conhecimento, pelo terceiro adquirente da constrição ao tempo do negócio, o que, todavia, não aconteceu.

O entendimento jurisprudencial posiciona-se nesse sentido:

"EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. BOA FÉ. EFEITOS. FRAUDE À EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA.

> *O embargante que adquire imóvel, em data em que o registro imobiliário do bem não indicava qualquer restrição à venda, deve ser considerado de boa fé. Não basta o ajuizamento da ação contra o devedor. É indispensável a publicidade da penhora do bem, mediante o respectivo registro de imóveis. Atuais precedentes do STJ. Sem a tal providência, aquele que adquirir o bem presume-se não ter conhecimento da pendência de processo capaz de conduzir o executado em insolvência. Só a partir da publicação da restrição judicial, mediante inscrição no Registro Imobiliário é que se admite venha a atingir terceiro. (...).”* (AC nº 70008946287, 16ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, julg. 23/06/2004)”.

Esse entendimento, inclusive, foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio do enunciado 375, que diz: *“o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”*.

Logo, tanto pelo fato de que a contratação ocorreu *antes* da própria penhora, quanto pelo fato de que não há demonstração da má-fé do terceiro adquirente, o que resulta do cotejo da prova dos autos, até porque os embargos tem franca procedência, agindo com acerto o douto juízo de primeiro grau.

Não há como evidenciar, em um quadro com tais contornos que os elementos necessários à caracterização da fraude à execução e descritos na jurisprudência do STJ, estejam presentes, a saber: *“a) que a ação já tenha sido aforada; b) que o adquirente saiba da existência da ação, ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência (presunção juris et de jure contra o adquirente), ou porque o exeqüente, por outros meios, provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência; c) que a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exeqüente a presunção juris tantum.”*

Logo, na qualidade de terceiro de boa-fé, não há que se falar na existência de fraude ou de participação em *consilium fraudis* com a finalidade de frustrar a execução, como objetivado pela apelante, havendo o MM. juiz, assim, bem decidido a espécie.

É este também o entendimento mantido neste Tribunal de Justiça, como se infere destes acórdãos:

> *“EMENTA – EMBARGOS DE TERCEIRO – FRAUDE À EXECUÇÃO – IMÓVEL ADQUIRIDO APÓS A CITAÇÃO DO EXECUTADO, PORÉM ANTERIOR AO REGISTRO DA PENHORA – TERCEIRO DE BOA-FÉ – FRAUDE NÃO CONFIGURADA – RECURSO PROVIDO.*
>
> *Somente restará configurada a fraude à execução, nos casos em que o negócio jurídico envolvendo o bem do executado for concretizado em período posterior à citação deste, e que já tenha sido realizada a inscrição da penhora no Cartório de Registro Imobiliário. Na ausência do registro, cabe ao exeqüente, provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem.*
>
> *Não tendo sido registrada a penhora, fica afastada a caracterização da fraude à execução, já que não se pode impor ao adquirente de boa-fé o conhecimento do processo executivo. (*Quinta Turma Cível - Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2010.031683-2/0000-00 - Campo Grande, Relator - Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 09.12.2010).
>
> *“EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – ALIENAÇÃO DO IMÓVEL APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO – AUSÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO, POIS SE PRESUME A BOA-FÉ DO COMPRADOR – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.*

O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente, o que não ocorreu nos autos.

(Primeira Turma Cível - Agravo - N. 2010.029606-6/0000-00 - Campo Grande, rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 20.04.2011)

Assim também já decidiu esta E. 4a. Turma Cível, em acórdão de que fui o relator:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – EXECUÇÃO – ALEGAÇÃO DE ALIENAÇÃO DE BEM PERTENCENTE AO DEVEDOR COMO OCORRIDA EM FRAUDE À EXECUÇÃO – INOCORRÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE CONSTRIÇÃO JUDICIAL NO MOMENTO DA REALIZAÇÃO DA VENDA E COMPRA, ESCRITURA E REGISTRO – MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE NÃO DEMONSTRADA – ÔNUS DO EXEQUENTE – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 375 DO STJ – RECURSO IMPROVIDO.

A inexistência de penhora ao tempo do negócio e a não demonstração de má-fé dos embargantes impõe a tutela dos terceiros de boa-fé, devendo ser mantida a sentença que julgou procedentes os embargos de terceiros, manejados para desconstituição da constrição judicial. Inteligência e aplicação da Súmula 375 do STJ que diz que "o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente".

Recurso conhecido e improvido. (Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2010.033696-8/0000-00 – Inocência – julgado em 10.03.2011).

Aliás, a inexistência do artigo 615-A do Código de Processo Civil não impedia que à época o apelante procedesse à penhora do bem.

III

Dos honorários advocatícios

No tocante aos honorários advocatícios, verifica-se que o valor fixado pelo douto juízo a quo, R$ 1.000,00 (mil reais), está em plena consonância com o §4º do art. 20 do Código de Processo Civil, tendo ponderado razoavelmente os serviços desenvolvidos pelo profissional e o interesse econômico em disputa.

Dispõe a citada norma processual:

Art.20...

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.(grifei)

Em obra de minha própria autoria([1]), já havia preconizado que:

"O juiz deve estar atento para não correr o risco de fixar a verba honorária em valor irrisório ou, ao revés, excessivo. No primeiro, avilta o advogado. No segundo, avilta o réu, que poderá estar impossibilitado de efetuar o pagamento do valor devido (que deve ser acrescido dos honorários). A prudência está no bom senso, serenidade e equilíbrio do magistrado, para perceber a importância e a natureza da causa para o advogado, o grau

1 Dorival Renato Pavan, "Comentários às Leis nºs 11.187 e 11.232, de 2005 e 11.382, de 2006", Editora Pillares, São Paulo, 2a. ed., 2007, p. 453/454.

> *do zelo profissional, o local da prestação do serviço (se na mesma comarca ou em comarca diversa), e o tempo exigido para seu serviço, para fixar os honorários em um valor tal que remunere condignamente o profissional do direito e, ao mesmo tempo, não imponha ônus excessivo para o executado, que estaria impossibilitado de promover de imediato o pagamento do débito exequendo."*

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, nos termos da própria Constituição Federal (art. 133), é essencial à administração da Justiça.

Assim, considerando o grau de zelo do profissional, a natureza, importância, além do trabalho realizado e o tempo exigido para o seu serviço (a Defensoria Pública passou a atuar a partir de 31/01/2012, ou seja, por dois anos), tem-se que a verba honorária não deve ser reduzida.

IV

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso da Administradora Indústria Comércio e Engarrafamento de Cachaça Ltda - ADMINCO e lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira

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, 22 de abril de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0054659-15.2001.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – POLUIÇÃO SONORA – RESPONSABILIDADE AMBIENTAL MUNICIPAL – INTERESSE LOCAL.

Em que pese a proteção ao meio ambiente e o combate a poluição em qualquer de suas formas ser competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, cabe ao Município fiscalizar, proibir e reprimir a realização de eventos que extrapolem os limites legais de sons e ruídos estabelecidos em normas próprias, naqueles locais sob a sua administração, em que assim o exija o interesse local.

FIXAÇÃO DE ASTREINTES PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM – POSSIBILIDADE – CUSTAS PROCESSUAIS – ISENÇÃO DO MUNICÍPIO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

As astreintes têm caráter sancionatório-coercitivo, não são indenizatórias e sua finalidade é intimidar e constranger o devedor a cumprir a determinação judicial que impôs uma obrigação de fazer ou não fazer, ou de um dever de abstenção, que deve ser imediatamente cumprida pelo sujeito passivo da relação processual.

Se o representante do ente público age com desídia no cumprimento da determinação judicial, é ele quem arcará com as consequências (aí incluso o valor da multa) em eventual ação regressiva.

O Município é isento do pagamento de custas, nos termos do art. 24, I, do Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul.

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, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, e, em sede de reexame necessário, retificar em parte a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de maio de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta às fls. 365-373 pelo Município de Campo Grande/MS, insurgindo-se contra a sentença de fls. 345-358, proferida pelo douto juízo da Vara de

Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da comarca de Campo Grande/MS, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Estadual na Ação Civil Pública Ambiental c/c Obrigação de Não Fazer ajuizada em face do apelante e do Estado de Mato Grosso do Sul e do Imasul, condenando o Município à obrigação de fazer "*consistente na fiscalização, proibição e repressão a eventos que extrapolem os limites legais de sons e ruídos estabelecidos em decíbeis pela ABNT – NR 10.151, que forem realizados entre a Avenida Afonso Pena e o Parque das Noções Indígenas, principalmente na área de entorno da reserva ecológica, destacando-se a Via Park*". Na mesma ocasião, declarou a ilegitimidade passiva do Estado e do Imasul e ficou multa para o caso de descumprimento da ordem, no importe de R$ 10.000,00.

Irresignado, o Município apelou do *decisum* alegando, em síntese, a necessidade de permanência do Estado de Mato Grosso do Sul e do Imasul no polo passivo da lide, já que o art. 23, III, VI e VII da Constituição Federal estabelece competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

Ressalta ser desnecessário compelir o município a cumprir com o seu poder de polícia. Afirma que vem cumprindo o ser dever de combater e preservar o meio ambiente ali existente e; que o laudo trazido pelo *parquet* não se presta a caracterizar a poluição sonora alegada.

Insurge-se, ainda, quanto ao valor da multa cominatória, de R$ 10.000,00, alegando se tratar de valor exorbitante, e quanto ao pagamento das custas processuais.

Requer o recebimento e provimento da apelação para reformar a sentença, reincluindo no polo passivo o Estado de Mato Grosso do Sul e o IMASUL. No mérito, pugna pela reforma da sentença para julgar improcedente o pedido inicial, afastando a multa cominatória imposta.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às fls. 416-421 e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 436-445.

Esta Quarta Câmara Cível proferiu o acórdão de fls. 450-455, dando parcial provimento ao recurso para declarar a responsabilidade solidária entre os réus e para isentar o Município do pagamento das custas processuais.

O Município apresentou embargos de declaração, que foram improvidos e, posteriormente, Recurso Especial, que foi igualmente improvido.

Retornados os autos ao juízo de primeiro grau, foram opostos embargos à execução, nos quais o Estado e o Imasul alegaram não terem sido intimados do julgamento da apelação.

Retornados os autos à Segunda Instância, constatou-se a inexistência da intimação, razão pela qual determinei a intimação de ambos quanto ao julgamento do recurso do Município.

O Estado e o Imasul, então, apresentaram embargos de declaração (fls. 584-590), que foram improvidos por esta 4ª Câmara Cível (acórdão de fls. 593-598).

Subsequentemente, Estado e Imasul peticionaram novamente às fls. 601-603 requerendo o chamamento do feito à ordem, dada a constatação de que não foram intimados para contra-arrazoar o recurso de apelação interposto pelo Município de Campo Grande contra a sentença.

Constatado o equívoco e a ocorrência de cerceamento de defesa com prejuízo aos peticionantes, anulei todos os atos posteriores à intimação de fl. 377v dos autos, restituindo aos requerentes o prazo para contra-arrazoar a apelação de fls. 365-373.

Estado e Imasul, então, apresentaram as contrarrazões de fls. 616-626 na qual alegam, em síntese, que a questão discutida na lida é de impacto local – realização de eventos nos entornos do Parque das Nações Indígenas, entre a Avenida Afonso Pena e o Parque, cuja competência é do Município de Campo Grande, nos termos do art. 30, I e VIII da Constituição Federal; que o próprio Município editou o Código de Polícia Administrativa, que estabelece expressamente a competência de exercer fiscalização em matéria relacionada à poluição ambiental, inclusive quanto ao limite máximo de decibéis; que o próprio Ministério Público reconheceu posteriormente que se trata de questão de competência local.

Contam que firmaram um Termo de Cooperação Técnica n. 022/2011 com o Município de Campo Grande, visando a implantação da gestão ambiental integrada com ênfase no processo de licenciamento e fiscalização de atividades em empreendimentos de impacto local. Ressaltam que esse termo vem ao encontro da descentralização ambiental de assuntos locais para os municípios.

Insurgem-se, ainda, quanto à multa cominatória fixada pelo douto juiz *a quo*, sustentando que ela será suportada pelo erário Estadual.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às fls. 662-664, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso de apelação do Município de Campo Grande/MS.

VOTO (EM 06/05/2014)

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

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta às fls. 365- 373 pelo Município de Campo Grande/MS, insurgindo-se contra a sentença de fls. 345-358, proferida pelo douto juízo da Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da comarca de Campo Grande/MS, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Estadual na Ação Civil Pública Ambiental c/c Obrigação de Não Fazer ajuizada em face do apelante e do Estado de Mato Grosso do Sul e do Imasul, condenando o Município à obrigação de fazer "*consistente na fiscalização, proibição e repressão a eventos que extrapolem os limites legais de sons e ruídos estabelecidos em decibéis pela ABNT – NR 10.151, que forem realizados entre a Avenida Afonso Pena e o Parque das Noções Indígenas, principalmente na área de entorno da reserva ecológica, destacando-se a Via Park*". Na mesma ocasião, declarou a ilegitimidade passiva do Estado e do Imasul e ficou multa ara o caso de descumprimento da ordem, no importe de R$ 10.000,00.

A matéria devolvida a este Tribunal de Justiça diz respeito, basicamente, à legitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul e do IMASUL para figurarem no polo passivo da presente lide; à necessidade de compelir os entes públicos ao exercício de seu poder de Polícia e; à multa cominatória imposta pelo douto juiz a quo.

Passo à análise do recurso.

1. Quanto à legitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul e do IMASUL.

Extrai-se dos autos que essa ação foi proposta pelo Ministério Público com o escopo de compelir o Poder Público a fiscalizar e proibir os eventos que extrapolem os limites legais de sons e ruídos estabelecidos em decibéis pela ANT-NBR 10.151, que forem realizados entre a Avenida Afonso Pena e o Parque das Nações Indígenas, especialmente na área de entorno da reserva ecológica, destacando-se a Via Park.

Na sentença, o douto juiz *a quo* excluiu da lide tanto o Estado de Mato Grosso do Sul quanto o Imasul, sob o fundamento de que "*o controle da emissão de sons nas áreas urbanas, consistentes nas ruas*

e avenidas da Cidade é atribuição do Poder Público Municipal, porquanto está ligado ao planejamento e controle do uso do solo e das funções urbanas".

O Município, em suas razões de apelação sustenta a necessidade de permanência do Estado de Mato Grosso do Sul e do IMASUL no polo passivo da lide, já que o art. 23, III, VI e VII da Constituição Federal estabelece competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

Não lhe assiste razão.

Como se sabe, na federação ocorre uma descentralização do poder político, com repartição das competências.

No caso específico dos autos, que trata de poluição sonora, dispõe o art. 23, VI, da Constituição Federal, que é competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios "*proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas*".

O art. 24, VI, por sua vez, dispõe que compete à União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre "*florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição*".

Já o art. 30, II, estipula ser competência do Município "*suplementar a legislação federal e a estadual no que couber*".

De uma interpretação sistemática desses dispositivos retro transcritos, conclui-se que, em se tratando de proteção ao meio ambiente, combate à poluição (inclusive a sonora, como é o caso), cabe à União editar as normas gerais, aos Estados e Distrito Federal editar normas suplementares e, ao Município, editar igualmente norma suplementar com relação a assuntos que digam respeito ao interesse local.

É justamente esse o caso dos autos. Trata-se de assunto que diz respeito a interesse local, até porque tem área delimitada, qual seja, o espaço entre a Avenida Afonso Pena e o Parque das Nações Indígenas, especialmente a área de entorno da reserva ecológica, destacando-se a Via Park.

Nas palavras do eminente Procurador de Justiça, subscritor do parecer de fls. 436-445, "*o meio ambiente deve ser protegido em todos os âmbitos, por todos os entes políticos. Entretanto, quando a área danificada se localizar em região de interesse municipal, incumbe a Município o dever de fiscalizar, até mesmo porque seria totalmente inviável impor à Administração Pública Federal ou Estadual tal responsabilidade*".

E completa:

> *"Tanto é verdade, que o Município de Campo Grande editou Código da Polícia Administrativa – Lei 2.909/02, que estabelece expressamente que este ente deve exercer seu poder de polícia em matéria atinente à poluição ambiental, e inclusive estabelece no art. 92 os limites máximos permissíveis de ruídos, segundo a zona de uso"*

Como se vê, de fato não é o caso de se manter o Estado e o IMASUL no polo passivo da presente lide.

2.

No que se refere à necessidade de compelir o Município ao exercício de seu Poder de Polícia e à multa cominatória imposta pelo douto juiz a quo, mantenho o mesmo entendimento já exarado pelo relator originário do Recurso, Des. Rêmolo Letteriello.

A princípio, de fato seria desnecessário compelir o Município a exercer seu poder de polícia. Ocorre, entretanto, que quando um ente administrativo deixa de exercer diligentemente o seu "poder", que mais se caracteriza como "dever", e não como "poder" propriamente dito, ao Poder Judiciário caberá intervir na relação, para restaurar a ordem. É o que ocorre, por exemplo, nas ações relativas à medicamentos, em que o cidadão se vê obrigado a socorrer-se do Poder Judiciário para alcançar direito fundamental, dada a inércia ou ineficiência da Administração Pública.

No caso, a ação somente foi proposta pelo Ministério Público Estadual quando o Município deixou de fiscalizar o evento "Pantanal Folia", resultando daí a conclusão de que, então, seria necessário compelí-lo a exercer seu Poder de Polícia.

Por outro lado, não há que se falar em nulidade do laudo apresentado pelo Ministério Público, que atestou a existência de ruídos em alturas superiores à permitida na Tabela I da Lei Complementar Municipal 8/96. Isso porque esse laudo foi elaborado pelo Inmetro, que não tem qualquer tipo de interesse no feito e, dessa forma, não pode ser considerado como "documento unilateral".

Nas palavras do douto juiz *a quo* (fl. 354):

> *"Em que pese o Município impugnar o laudo elaborado pelo INMETRO ao genérico argumento de ser unilateral e extrajudicial não se desincumbiu de comprovar a inveracidade do documento, elaborado por um dos mais sérios e respeitados institutos brasileiros.*
>
> *Ademais, o laudo do INMETRO serve de amostragem para a poluição sonora q ue ocorre no local, pois não se deve desconsiderar outros eventos que ao longo desses mais de sete anos tenham sido realizados e os que ainda se realizarão. Trata-se da visão prospectiva do processo coletivo, que tende a regulamentar a situação, principalmente em matéria de meio ambiente".*
>
> *Porém, citado laudo juntado às fls. 107-110 dos autos, demonstra uma variação em decibéis nas localidades próximas à Clínica Carandá (designada no laudo Ponto B) e ao Hospital Miguel Couto (designado no laudo Ponto C), que extrapolam as normas da ABNT – Tabela NBR 110.15 para as áreas que contenham hospitais.*
>
> *Também está acima do limite legal permitido em relação às áreas recreacionais no período noturno.*
>
> *(...)*
>
> *Tais práticas podem e devem ser reprimidas pelo Poder Público Municipal, aplicando-se a Resolução CONAMA 01/90, com profissionais da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, capacitados a efetivarem a medição de sons e ruídos nos termos das Normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas da Tabela NBR 10.151."*

Também deve ser mantida a sentença no que se refere à multa cominatória de R$ 10.000,00 destinada ao Fundo de Defesa e de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

Como é cediço, a imposição das astreintes tem caráter sancionatório-coercitivo, ou seja, tem a ameaça de uma pena.

Nesse sentido, destaca-se o escólio de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*in*, *"Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante"*. São Paulo: RT, 8ª ed., 2004, p. 858):

> *"Imposição da multa. Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória.*

> *O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz"*

Em outras palavras, a regra contida nos § § 4º e 5°, do artigo 461, do CPC, autoriza o magistrado a impor multa em caso de atraso ou descumprimento, com o intuito de tornar efetiva a tutela concedida, não estabelecendo a lei limites subjetivos para a fixação da multa diária.

Acerca do tema, leciona o mestre Luiz Guilherme Marinoni (*in*, *"Técnica Processual e Tutela dos Direitos"*. São Paulo: RT, 2004, p. 395-397):

> *"É preciso perceber que a multa processual tem por objetivo assegurar a efetividade das decisões do juiz e, portanto, que o seu fim não pode ser confundido com o da indenização ou com o da multa contratual. (...)*
>
> *Atualmente, em face dos arts. 461, do CPC, e 84, do CDC, não há mais qualquer dúvida acerca da possibilidade de a multa exceder ao valor da prestação. Isso pela razão de que essas normas, atreladas à idéia de que a tutela específica é imprescindível para a realização concreta do direito constitucional à efetiva tutela jurisdicional, não fazem qualquer limitação ao valor da multa.*
>
> *Ademais, afirmam expressamente que a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (arts. 641, CPC, e 84, CDC, §§ 2º). O que se quer dizer, com isso, é que a multa será devida independentemente de ser porventura igualmente devida a indenização. Sublinhe-se que, se a multa não for suficiente para convencer o réu adimplir, ela poderá ser cobrada independentemente do valor devido em face da prestação inadimplida e do eventual dano provocado pela falta de adimplemento na forma específica e no prazo convencionado".*

No mesmo sentido, vejam-se os ensinamentos de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (*in*, *"Curso de Direito Processual Civil"*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2ª ed., Vol. 2, 2008, p. 408-409):

> *"A multa tem caráter coercitivo. Nem é indenizatória, nem é punitiva. Isso significa que o seu valor reverterá à parte adversária, mas não a título de perdas e danos. (...) A multa tem caráter acessório: ela existe para coagir, para convencer o devedor a cumprir a prestação. Justamente por isso, não pode ser irrisória, devendo ser fixada num valor tal que possa gerar no íntimo do devedor o temor do descumprimento. Também por ser coercitiva, a priori ela não tem teto, não tem limite, não tem valor pré-limitado. Se fosse punitiva, teria, como ocorre com a cláusula penal (art. 412 do Código Civil)".*

Não há que se perder de vista o fato de que aqui se está lidando com o direito coletivo ao meio ambiente equilibrado.

O descumprimento da obrigação, a meu ver, representaria afronta acintosa à decisão judicial, e essa afronta faz incidir a *astreinte*, tal como fixado pelo douto juiz a quo.

Quando o magistrado expede uma ordem, impondo uma obrigação de fazer ou não fazer, ou de abstenção, o devedor deve assumir um comportamento que se amolde ao teor da decisão judicial, muito embora possa propor as medidas judiciais tendentes à obter a reforma da decisão ou suspensão dela pelas instâncias superiores. O que não se revela possível é permitir que o devedor afronte a decisão judicial e se sobreponha à própria atividade jurisdicional, e esse comportamento deve receber forte coibição por parte

do Judiciário, a partir do próprio Juiz que deve ter a *coragem*, para dizer o menos, de fazer com que suas decisões sejam cumpridas tal qual foram concebidas, desde que devidamente fundamentadas.

Até mesmo a Fazenda Pública está sujeita à multa diária, porque não está ela *acima* do Poder Judiciário, que é Poder de Estado, de sorte que se o juiz fixa a multa, deve mantê-la se houver resistência injustificada do devedor em cumprir sua determinação, evitando que o *contempt of court* praticado pelo devedor prevalece e dele se utilize o devedor para afrontar o sistema e fazer prevalecer *sua vontade* em detrimento da *vontade* do Estado, manifestada na decisão combatida.

Tampouco merece prosperar o argumento de que o pagamento da multa seria indiretamente arcado pela população de Mato Grosso do Sul.

Note-se que o Estado, representado por quem de direito, tem o dever de cumprir as decisões judiciais, tal como estampado no art. 14, V, do CPC:

> *Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:*
>
> *(...)*
>
> *V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.*
>
> *Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.*

Se o representante estatal responsável pelo cumprimento da ordem aqui expedida age com desídia no exercício de suas atribuições (o que estaria representada pelo descumprimento da ordem de respeito, fiscalização, proibição e repressão a eventos que extrapolem os limites legais de sons e ruídos estabelecidos em decibéis pela ABNT – NBR 10.151, que forem realizados entre a Avenida Afonso Pena e o Parque das Nações Indígenas, principalmente na área de entorno da reserva ecológica, destacando-se a Via Park), será ele próprio o responsável pelo pagamento da multa, em ação regressiva, como dispõe o art. 37, §6º da Constituição Federal:

> *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:*
>
> *(...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Ademais, a possibilidade de fixação de multa ao Estado em caso de descumprimento de ordem judicial é questão pacífica no âmbito deste Tribunal:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – ILEGITIMIDADE PASSIVA ALEGADA PELO ESTADO – AFASTADA – FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO –*

DEVER DO ESTADO – DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE ASTREINTES – MANUTENÇÃO DO VALOR – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Os Estados, Municípios e a União são responsáveis solidários na execução dos serviços de saúde, não havendo falar em ilegitimidade passiva ad causam e nem sequer em necessidade de formação de litisconsórcio necessário.

2. O art. 196 da CF estabelece que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, que tem a obrigação de assegurar ao cidadão o direito fundamental à saúde. Se o autor não possui suporte financeiro para arcar com as despesas de tratamento médico de que necessita o cidadão, não pode ser prejudicado pelas normas burocráticas impostas pela Administração, que não podem se sobrepor ao direito à saúde.

3. Tendo em vista a finalidade coercitiva das astreintes, não há óbice à sua fixação em desfavor da Fazenda Pública. Nem há falar em redução se razoavelmente fixadas.

(TJMS, Ap. Cível n. 2010.031036-6, Relator Des. Sideni Soncini Pimentel, julgada em 11.11.2010)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – DESCUMPRIMENTO – ASTREINTES – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – FAZENDA PÚBLICA – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

Considerando-se que a "(...) função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância" (REsp nº 699.495/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 05.09.05), é possível sua execução de imediato, sem que tal se configure infringência ao artigo 475-N do então vigente Código de Processo Civil.

"Há um título executivo judicial que não se insere no rol do CPC 475-N mas que pode dar ensejo à execução provisória (CPC 475-O). É a denominada decisão ou sentença liminar extraída dos processos em que se permite a antecipação da tutela jurisdicional, dos processos cautelares, ou das ações constitucionais" (CPC comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed, pág. 654).

A hipótese em tela se coaduna com o disposto no artigo 461, § 4º, do CPC, tendo em vista o pleno controle da recorrente sobre a execução da ordem judicial.

O Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao Juízo da execução provisória, de ofício ou a requerimento da parte, impor multa cominatória ao devedor (astreintes), mesmo que seja contra a Fazenda Pública. Precedentes.

Em se tratando de verba de natureza alimentar, é dispensável a prestação de caução para a execução provisória contra a Fazenda Pública.

(TJMS, Ap. Cível n. 2007.023535-0, Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgada em 14.04.2008)

Sendo assim, acolho o apelo do Município tão somente no que se refere ao pagamento das custas, das quais ele está, obviamente, isento, nos termos do que dispõe o art. 24, I, do Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul.

3.

Ante o exposto, conheço o recurso de apelação interposto pelo réu, Município de Campo Grande, e lhe dou parcial provimento, tão somente para isentá-lo do pagamento das custas processuais. Empresto o mesmo resultado ao reexame necessário.

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

Acompanho o relator.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão, em face do pedido de vista do vogal (Des. Josué), após relator e revisor terem acolhido a preliminar de ilegitimidade passiva e darem parcial provimento ao recurso do município de Campo Grande.

VOTO (EM 13/05/2014)

O. Sr. Des. Josué de Oliveira (VOGAL)

Nestes autos de Ação Civil Pública Ambiental movida pelo Ministério Público Estadual, em face do Estado de Mato Grosso do Sul, do Imasul e do Município de Campo Grande-MS, destinada a compelir os requeridos a não mais realizarem eventos que ultrapassem os limites legais estabelecidos na Lei Complementar Municipal n. 8/96, mormente no trecho compreendido entre a Av. Afonso Pena e o Parque das Nações Indígenas, principalmente na área de entorno da reserva ecológica, destacando-se aí a Via Park. solicitei vista dos autos para analisar melhor a questão.

Em 1º de setembro de 2008, a ação foi julgada parcialmente procedente para condenar o Município de Campo Grande à obrigação de fiscalizar, proibir e reprimir eventos que extrapolem os limites legais de sons e ruídos estabelecidos em decibeis pela ABNT – NBR 10.151, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), bem assim determinou a exclusão do Estado de Mato Grosso do Sul e do Imasul do polo passivo, condenando o primeiro requerido no pagamento de custas e despesas processuais (f. 345-358).

Na sessão de 24.3.2009, a então 4ª Turma Cível, sob a relatoria do Des. Rêmolo Letteriello, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso do Município para declarar a responsabilidade solidária entre os réus, bem como para isentar o Município do pagamento das custas processuais (f. 450-455).

Posteriormente, por meio da decisão monocrática de f. 609, do agora relator, Des. Dorival Renato Pavan, os atos processuais foram anulados a partir de f. 377v, para que o Estado e o Imasul oferecessem contrarrazões ao recurso do Município de f. 364-373. As partes quedaram-se inertes quanto a esta decisão.

A Procuradoria da Justiça opinou, em parecer lavrado em 14.10.2013, pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelação do Município de Campo Grande (f. 662-664).

Finalmente, na sessão ordinária da 4ª Câmara Cível, o relator e o revisor deram provimento ao recurso do Município de Campo Grande, tão somente para isentá-lo do pagamento das custas processuais, mantendo a exclusão do Estado e do Imasul do polo passivo.

A meu ver, está correta a decisão do voto condutor, porquanto, em que pese, nos termos do art. 23, III, VI e VII, da CF, a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cabe ao ente municipal fiscalizar, proibir e reprimir a realização de eventos que extrapolem os limites legais de sons e ruídos estabelecidos em normas próprias, *naqueles locais sob a sua administração, em que assim o exija o interesse local.*

Não é sem propósito que o art. 24, VI, da CF estatui que compete aos entes mencionados legislar concorrentemente sobre a proteção do meio ambiente, tanto que, segundo o art. 30, II, da mesma Carta magna, compete ao Município suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, o que ocorreu,

na espécie, por meio da Lei n. 2.909/92, do Município de Campo Grande, tese também albergada pela Procuradoria da Justiça em seu parecer de f. 436-445.

Igualmente correta, a meu ver, a decisão do voto condutor, ao acolher o recurso do Município de Campo Grande no que se refere à pretensão de obter a isenção do pagamento das custas, porquanto essa é a regra estabelecida no art. 24, I, do Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ante o exposto, voto com o relator pelo provimento parcial do recurso do Município, apenas no tocante à parte em que requer a isenção do pagamento das custas processuais, mantendo a exclusão do Estado e do Imasul do polo passivo da ação civil pública, conforme decidido em primeira instância. Empresto o mesmo resultado ao reexame necessário.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, e, em sede de reexame necessário, retificaram em parte a sentença, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira

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, 13 de maio de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0802382-79.2012.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – PRETENSÃO DE INCLUSÃO DE MENOR SOB GUARDA COMO DEPENDENTE NATURAL EM PLANO DE SAÚDE – AUSÊNCIA DE PARENTESCO ENTRE O GUARDIÃO E A MENOR QUE INDICA A INEXISTÊNCIA DE FRAUDE, MAS A REAL INTENÇÃO DE MANTÊ-LA SOB SUA RESPONSABILIDADE E CUIDADO – INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA EXISTENTE – DIREITO À INCLUSÃO – RECURSO IMPROVIDO.

A condição de dependência econômica do menor sob guarda lhe confere o direito à ser incluído em plano de saúde na condição de dependente natural, sendo tal questão analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

Recurso conhecido e 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, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de maio de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

A Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – Cassems, devidamente qualificada, interpõe apelação cível (fls. 320/402) em face de Maurício Santana de Campos, insurgindo-se contra a sentença de fls. 314/317 do douto juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Corumbá, MS, que julgou procedente o pedido formulado pelo apelado em ação de obrigação de fazer, determinando que a apelante mantenha a menor I. S. L. no plano de saúde de titularidade do autor-apelado, sob pena de multa diária no valor de R$ 300,00.

Sustenta a recorrente que há norma fundamental da Associação, especialmente na parte que trata da fonte de custeio, que prevê que o menor sob guarda se enquadra na categoria dependente-agregado e exige o pagamento adicional.

Defende a ofensa ao princípio da liberdade associativa segundo o qual o cidadão e seus dependentes podem se associar, mas diante do preenchimento de determinados requisitos e condições.

Aduz que o magistrado interferiu no funcionamento da associação, contrariando vedação expressa na Constituição Federal, porquanto foi alterada a condição de dependente do menor sob guarda que foi elevada à condição de dependente natural.

Salienta que não foi negada a inclusão da menor no plano de saúde, mas apenas foi permitida a sua inclusão na categoria agregados e mediante a contribuição respectiva, norma que não afronta o ordenamento jurídico.

Enfatiza que se verifica o decreto de perda do poder familiar dos pais da menor, situação essa que comportaria a equiparação do menor sob guarda à filho.

Argumenta sobre a "inviabilidade da equiparação do menor sob guarda ao filho para fins de dependência, seja para fins previdenciários como para fins de assistência à saúde, porquanto, ambos dependem de cálculo atuarial e da contribuição para fonte de custeio, sob pena de quebra, falência, liquidação ou regime de direção fiscal, ou seja, sob pena de insubsistência e desequilíbrio econômico financeiro, que implicará em colapso e falta do atendimento ou no mínimo diminuição da qualidade".

Prequestiona os artigos 2º e 5º, XVIII, da Constituição da República, 472 do Código de Processo civil, 54, II, III e IV, do Código Civil (Lei 10.406/2002) e 11, 33, § 3º, da Lei 8.069/90.

Pede a concessão de efeito suspensivo ativo para que seja revogada a tutela antecipada concedida no bojo da sentença e a reforma integral da sentença.

O apelado apresentou contrarrazões às fls. 488/502.

A Procuradoria-Geral de Justiça juntou parecer às fls. 508/516, opinando pelo conhecimento e improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

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

A Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – Cassems, devidamente qualificada, interpõe apelação cível (fls. 320/402) em face de Maurício Santana de Campos, insurgindo-se contra a sentença de fls. 314/317 do douto juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Corumbá, MS, que julgou procedente o pedido formulado pelo apelado em ação de obrigação de fazer, determinando que a apelante mantenha a menor I. S. L. no plano de saúde de titularidade do autor-apelado, sob pena de multa diária no valor de R$ 300,00.

Extrai-se dos autos que o autor-apelado detem a guarda da menor I. S. L., conforme termo de f. 40, de modo que pleiteia a inclusão da menor como beneficiária de seu plano de saúde.

O cerne da questão discutida no presente recurso diz respeito à legalidade da cláusula que dispõe sobre a inclusão de menor sob guarda no plano de saúde na condição agregado e não como dependente natural, o que geraria custo ao titular, ora apelado.

Não se discute a inclusão da menor no plano de saúde, mas a necessidade de contraprestação por parte do beneficiário, uma vez que há cláusula do contrato que prevê a desnecessidade de contribuição específica em caso de dependente natural.

Vejamos as cláusulas contratuais que dispõem sobre a situação em apreço (f. 161):

Art. 4º - Podem ser Beneficiários:

I. Dependentes naturais dos associados titulares assim definidos:

a) cônjuge ou companheiro, sendo este a pessoa que mantenha união estável com o Associado Titular na forma definida na legislação vigente;

b) filhos não emancipados de qualquer condição, menores de 24 anos ou inválidos, enquanto durar a invalidez;

c) filhos solteiros, sem rendimentos próprios, com idade entre 21 e 24 anos, que estejam cursando estabelecimento de ensino regular;

d) enteados não emancipados, de qualquer condição, menores de 21 anos ou inválidos, enquanto durar a invalidez, comprovando em ambos os casos a dependência econômica em relação ao Associado titular;

e) enteados solteiros, sem rendimentos próprios, com idade entre 21 e 24 anos, que estejam cursando estabelecimento de ensino regular ao Associado Titular;

f) menores que se encontrem sob tutela do Associado Titular e não possuam bens ou rendimentos próprios suficientes para o próprio sustento e educação.

II. Dependentes agregados dos associados titulares, assim definidos:

a) os pais;

b) os filhos e enteados que não se enquadrem na condição de dependentes naturais;

c) os irmãos;

d) os netos e os sobrinhos;

e) os avós e os tios;

f) os sogros;

g) menores que, por determinação judicial, se encontrem sob a guarda do Associado titular.

A guarda, em decorrência do poder parental, gera, para o guardião, o dever de assistência material, moral e educacional e, apesar de não assegurar grande leque de direitos, proporciona condição de dependência para todos os efeitos de direito, inclusive previdenciários, nos moldes do § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Logo, constatado que o autor tem a guarda da menor, tem ele o direito de incluí-la como dependente natural no plano de saúde contratado com a apelante, mormente quando vislumbrado fato de que a menor vive sob a dependência do guardião.

Por óbvio, a lei se sobrepõe ao regulamento da apelante.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS PRESENTES – INCLUSÃO DE MENOR SOB A GUARDA DO TITULAR EM PLANO DE ASSISTÊNCIA – CASSEMS – EQUIPARAÇÃO À FILHO – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PARA TODOS OS FINS E EFEITOS – ECA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O menor, sob a guarda da avó, é equiparado a seu filho e, portanto, seu dependente para todos os fins e efeitos, motivo pelo qual a inclusão no plano de assistência gerenciado pela CASSEMS deve ser efetivada independentemente de qualquer contraprestação financeira.

Se o agravante limita-se a expender, em sede de agravo interno, os mesmos argumentos utilizados por ocasião de seu recurso, não logrando demonstrar erro ou injustiça da decisão, o regimental não deve ser provido. (Agravo Regimental em Agravo - N. 2012.016853-6, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, j. 17.7.2012)

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PREJUDICIAL DE MÉRITO RELATIVA À DECADÊNCIA – AFASTADA – MÉRITO – INCLUSÃO DE MENOR, SOB A GUARDA DA AVÓ, COMO DEPENDENTE NATURAL DESTA NO PLANO DE SAÚDE – EQUIPARAÇÃO A FILHO – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PARA TODOS OS FINS E EFEITOS DE DIREITO EM DECORRÊNCIA DO ESTADO DE GUARDA – ART. 33, §3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – PROTEÇÃO AO MENOR – DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.001598-8, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. 17.02.2011)

A hipótese dos autos não se identifica, outrossim, com aqueles casos que vêm sendo coibidos pelo Poder Judiciário, em que os parentes buscam a guarda das crianças exclusivamente para fins previdenciários e de seguro de saúde. Aqui, conforme se denota dos autos, o autor-apelado não tem relação de parentesco com a menor, sendo que a menor teria sido abandonada por sua genitora, o que constato da sentença que concedeu a guarda definitiva e que se encontra publicada no andamento processual no site deste Tribunal de Justiça.

Assim, há evidência que a guarda não foi transferida com intuito de se obter vantagem frente à apelante, mas sim porque havia o interesse do autor em colocar a menor sob sua responsabilidade e de sua companheira.

Ademais disso, se o recorrido, na qualidade de servidor público estadual, já contribui como associado titular da apelante, não cabe a cobrança de qualquer valor adicional pela inclusão do menor em questão no plano de saúde, ainda mais se, como dito, esse menor é dependente natural do requerente e não há previsão de contribuição adicional para essa hipótese.

Diante de tais considerações, conheço o recurso interposto pela Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – Cassems e lhe nego provimento, mantendo inalterada a decisão que determinou que a apelante mantenha a menor I. da S. L. no plano de saúde de titularidade do apelado na condição de dependente natural.

É como voto.

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. Claudionor Miguel Abss Duarte

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. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 27 de maio de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0006622-18.2010.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADA – DEPÓSITO E SAQUE EFETUADO NA CONTA BANCÁRIA DECORRENTE DE EMPRÉSTIMO FRAUDULENTO – AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DO DANO – MERO ABORRECIMENTO – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO OU HUMILHAÇÃO PERANTE TERCEIROS – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO.

Para a existência do dano moral é necessário que a dor, vexame, sofrimento ou humilhação sobressaia da normalidade e atinja intensamente no comportamento psicológico da pessoa, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Em não havendo comprovação da existência de qualquer dano que tenha interferido intensamente no seu comportamento psicológico, a não ser meros aborrecimentos, não há como caracterizar o fato com dano moral.

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, rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de abril de 2014.

Des. Eduardo Machado Rocha – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Banco do Brasil S/A interpôs Recurso de Apelação em face da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, alegando, em síntese, que inexistindo conduta dolosa ou culposa do Banco do Brasil S/A falta interesse de agir.

Alegou ainda que a pretensão da apelada não merece prosperar, porquanto o apelante não tem qualquer responsabilidade com o ocorrido, pois não basta a prática do ato ou omissão, é necessário que tal prática esteja revestida de ilicitude.

Afirmou que há claramente a total falta de nexo de causalidade entre a conduta do apelante e o suposto dano alegado, pelo simples fato de o recorrente não ter participado nem mesmo indiretamente do episódio, não tendo dado causa, repercussão, continuidade ou agravamento ao evento.

Afirmou também que o banco foi vítima tanto quanto à apelada, diante de fato invencível, porque mesmo tomando todas as medidas legais e previsíveis diante do evento, jamais poderia inibir a ação de estelionatários.

Sustentou que sem a presença de um prejuízo certo, mesmo que tenha havido a violação de um dever jurídico, não haverá indenização sem que haja a demonstração inequívoca do prejuízo suportado, pois o dano hipotético não justifica a reparação.

Sustentou ainda que se não for totalmente rejeitada a indenização fixada a título de danos morais deve ser no mínimo reduzida, levando-se em consideração que não houve nenhuma demonstração ou comprovação de qualquer extensão de dano causado pela suposta cobrança indevida e que o valor fixado extrapola os limites aceitos pela jurisprudência dominante.

Ao final, requereu o provimento do recurso a fim de que seja reformada a sentença recorrida para afastar qualquer indenização de responsabilidade do apelante, ou, subsidiariamente, para reduzir o valor da condenação imposta. (fls. 98-115)

Em contrarrazões, a apelada manifestou-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 121-127)

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Banco do Brasil S/A em face da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá.

Consta nos autos que um desconhecido efetuou um empréstimo no valor de R$ 4.220,21 junto às empresas DWG Assessoria Financeira Ltda e Banco Mercantil do Brasil S/A, utilizando indevidamente o nome da apelada. Consta ainda que em razão do fato acima narrado, no dia 23 de outubro de 2009 foi depositado o valor de R$ 4.220,21 na conta bancária da apelada no Banco do Brasil, e, posteriormente, no dia 29 do mesmo mês e ano, foi efetuado o saque da quantia de R$ 4.150,00, por intermédio de um cheque avulso, sem qualquer autorização, participação ou conhecimento da parte dela. Por tal razão, a apelada requereu a condenação do apelante no pagamento de danos morais, em razão da omissão na verificação da regularidade de transações ocorridas na conta corrente dela.

Na sentença o banco apelante foi condenado ao pagamento de R$ 5.000,00 a título de danos morais em favor da apelada (fls. 86-88), o que motivou a interposição do presente recurso.

Primeiramente, o banco apelante alegou que inexistindo conduta dolosa ou culposa da sua parte falta interesse de agir no pedido da apelada.

Como é sabido, as condições da ação, a exemplo do interesse de agir, são analisadas em abstrato no início do processo, enquanto a comprovação das alegações são reservadas para a análise do mérito.

De acordo com a doutrina:

> *A idéia de interesse de agir, também chamado de interesse processual, está intimamente associada à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional. Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será suficiente para justificar o tempo, energia e dinheiro que serão gastos pelo Poder Judiciário na resolução da demanda.*

> *Não se deve analisar se o autor tem efetivamente o direito que alega ter e que, portanto, se sagrará vitorioso na demanda, porque esse é tema pertinente ao mérito e não às condições da ação. (...) [NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Método, 2009, p. 78-79]*

Vê-se que o pedido indenizatório da apelada somente pode ser alcançado por meio da intervenção do Poder Judiciário, em razão da resistência oferecida pelo apelante, e é justamente aí que se encontra presente o interesse dela na tutela jurisdicional. Assim, rejeito a preliminar de falta de interesse de agir.

No mérito, resta analisar o pedido de condenação do apelante ao pagamento de danos morais à apelada.

Pois bem, os fatos narrados na inicial restaram incontroversos nos autos, pois o apelante não nega a existência do negócio, inclusive, em sua contestação ele afirmou que *o contrato em questão foi colocado para cobrança pela corré Banco Mercantil do Brasil, agindo assim o réu como mero cobrador por conta e risco desta, apenas cobrando o valor que lhe foi repassado, bem como pagando o cheque que lhe foi apresentado*. (fl. 38)

Então, o objeto do mérito recursal é saber se a referida conduta é passível de responsabilização por danos morais.

Com efeito, de acordo com o art. 927 do Código Civil, *aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*.

Por sua vez, o art. 186 do mesmo código define ato ilícito quando alguém, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

De acordo com a doutrina:

> *Como vimos em linhas gerais, são requisitos configuradores da responsabilidade civil, seja ela subjetiva ou objetiva, o ato, o dano e o nexo de causalidade entre o ato e o dano.* (DONIZETTI, Elpídio e QUINTELLA, Felipe. Curso Didático de Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 397).

No caso dos autos, vislumbra-se claramente a ocorrência do ato do banco apelante, que por negligência permitiu o saque da quantia de R$ 4.150,00 da conta corrente da apelada por um terceiro estranho a ela (fls. 11-12).

Contudo, não ficou claramente demonstrada a ocorrência do dano em face da apelada, que conforme foi visto acima, é um dos requisitos necessários para configuração da responsabilidade civil.

Em nenhum momento nos autos a apelada comprovou que tenha sofrido algum tipo de abalo psíquico em decorrência dos fatos narrados na inicial, suficiente para ensejar responsabilidade civil. Não há nenhuma prova, seja documental ou testemunhal, nesse sentido. Não se está falando aqui da prova da conduta do banco apelante, pois esta restou incontroversa nos autos, mas sim da prova do dano moral sofrido pela apelada.

Diferentemente do que foi afirmado pelo juízo *a quo* na sentença (fl. 87), a apelada não sofreu um desfalque inesperado da quantia de R$ 4.200,00, pois ao que consta nos autos o Banco Mercantil do Brasil S/A havia depositado a quantia de R$ 4.220,21 na conta corrente dela em razão do empréstimo fraudulento, e alguns dias depois um desconhecido efetuou o saque de R$ 4.150,00, ou seja, a retirada foi até menor do que o valor depositado anteriormente. (fls. 67-68)

Logo, não há falar que a apelada foi desfalcada abruptamente de valores de sua propriedade, pois o valor sacado era oriundo da quantia depositada indevidamente na conta dela anteriormente.

Obviamente, tal conduta gera um certo aborrecimento na pessoa do correntista, na medida em que se sente inseguro na sua relação com a instituição financeira, entretanto, não se vislumbra que a intensidade do fato seja suficiente a ponto de uma condenação em danos morais.

De acordo com a doutrina:

> *Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, 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. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo".* (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - Vol. 4 - Responsabilidade Civil - 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 378-379)

Nesse contexto, verifica-se que a apelada não comprovou a existência de qualquer dano que tenha interferido intensamente no seu comportamento psicológico, a não ser meros aborrecimentos oriundos dos fatos ocorridos.

A jurisprudência têm se manifestado nesse sentido, note-se:

> *DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA PELA INTERNET. PRESENTE DE NATAL. NÃO ENTREGA DA MERCADORIA. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE NÃO COMPROVADA NO CASO CONCRETO. DANOS MORAIS INDEVIDOS.*
>
> *1.- A jurisprudência desta Corte tem assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis.*
>
> *(...)*
>
> *5.- Recurso Especial a que se dá provimento em parte, tão somente para cancelar a multa.* (STJ - REsp 1399931/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 06/03/2014)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. POUCO TEMPO DE ESPERA EM FILA DE BANCO. MERO DISSABOR. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZADO.*
>
> *1. O pouco tempo de espera em fila de banco não tem o condão de expor a pessoa a vexame ou constrangimento perante terceiros, não havendo que se falar em intenso abalo psicológico capaz de causar aflições ou angústias extremas.*
>
> *2. Situação de mero aborrecimento ou dissabor não suscetível de indenização por danos morais.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STJ - AgRg no Ag 1422960/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 09/04/2012)

Outrossim, percebe-se que apesar da conduta negligente do banco a apelada não foi exposta a nenhum constrangimento ou humilhação perante terceiros, pois não consta que seu nome tenha sido inscrito nos cadastros de inadimplentes em razão dos fatos ocorridos.

De mais a mais, conforme consta nos Autos nº 0006121-64.2010.8.12.0008 em apenso, a apelada já fora indenizada pelos prejuízos materiais (repetição do indébito) e morais advindos do empréstimo indevido realizado perante as empresas DWG Assessoria Financeira Ltda e Banco Mercantil do Brasil S/A, por meio de acordo realizado naqueles autos. (fls. 103-105 do apenso)

Portanto, considerando que em razão da conduta do banco apelante não sofreu a apelada nenhum dano moral passível de indenização, impõe-se o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado na inicial.

Por consequência, em razão da inversão da sucumbência, devem recair sobre a autora/apelada a condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que serão arbitrados por equidade em R$ 1.500,00, considerando-se o zelo profissional e o tempo de duração do processo, que já tramita há quase quatro anos, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Porém, ficará suspensa a exigibilidade de tal obrigação conforme art. 12 da Lei 1.060/50. (fls. 08, 10 e 23)

Ante o exposto, conheço do recurso, rejeito a preliminar e dou-lhe provimento, a fim de reformar a sentença recorrida e julgar improcedente o pedido de indenização por dano moral formulado na inicial. Em razão da inversão da sucumbência condeno a apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que arbitro em R$ 1.500,00 (Mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, ficando porém suspensa a exigência nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 08 de abril de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Reexame Necessário n. 0800659-07.2013.8.12.0035 - Iguatemi
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA CADASTRO DE RESERVA – COMPROVAÇÃO DE VAGA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O candidato aprovado em concurso público para cadastro de reserva, que comprova a existência de vaga suficiente à sua nomeação, não possui simples expectativa, mas direito subjetivo à nomeação e posse.

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 e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 3 de junho de 2014.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

O Juiz da Vara Única da Comarca de Iguatemi submete a reexame necessário a este Sodalício a sentença que prolatou nos autos de Mandado de Segurança proposta por Hellen Melez Martins em face do Município de Iguatemi, que julgou procedente o pedido inicial, determinando que a impetrante seja nomeada para o cargo de médico veterinário, para o qual foi aprovada para cadastro de reserva.

As partes não apresentaram recurso voluntário.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

O Juiz da Vara Única da Comarca de Iguatemi submete a reexame necessário a este Sodalício a sentença que prolatou nos autos de Mandado de Segurança proposta por Hellen Melez Martins em face do Município de Iguatemi, que julgou procedente o pedido inicial, determinando que a impetrante seja nomeada para o cargo de médico veterinário, para o qual foi aprovada em cadastro de reserva.

As partes não apresentaram recurso voluntário.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Extrai-se dos autos que a impetrante participou do concurso público, regulamentado pelo Edital nº 01/2011 (f.20/82), para o cargo de médico veterinário, sendo aprovada em 1º (primeiro) lugar (f.83). O certame foi devidamente homologado em 11 de agosto de 2011, com validade de 2 (dois) anos (f.85).

De início, ressalto que o edital não previu número de vagas, mas apenas cadastro de reserva (f. 40).

Em casos desse jaez, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que o candidato aprovado em concurso para formação de reserva não tem direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa. *In verbis*:

> *"Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Concurso público. Formação de cadastro de reserva. 4. Candidato aprovado em certame para formação de reserva não tem direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa. 5. Agravo regimental a que se nega provimento".* (MS 31790 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 14-05-2014 PUBLIC 15-05-2014)

Todavia, a mesma Corte assentou que o direito à nomeação se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital quando surgirem vagas no prazo de validade do concurso. A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO RESERVA. SURGIMENTO DE VAGA NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. DIREITO À NOMEAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO".* (RE 779117 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 04/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 13-02-2014 PUBLIC 14-02-2014)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça trilha no mesmo sentido:

> *"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COORDENADOR PARLAMENTAR DA CÂMARA MUNICIPAL. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVA VAGA NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO À NOMEAÇÃO.*
>
> *(...)*
>
> *3. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público fora do número de vagas previstas no edital confere ao candidato mera expectativa de direito à nomeação.*
>
> *4. A jurisprudência desta Corte Superior também reconhece que a classificação e aprovação do candidato, ainda que fora do número mínimo de vagas previstas no edital do concurso, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja por criação de lei ou por força de vacância. Ressalta-se que há a aplicação de tal entendimento mesmo que não haja previsão editalícia para o preenchimento das vagas que vierem a surgir durante o prazo de validade do certame.* Precedente: RMS 32105/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 30/08/2010.
>
> *5. No presente caso, a candidata Márcia Farah Elias foi aprovada em 1º lugar, mas teve a sua posse indeferida por não comprovar o lapso temporal exigido pelo edital,*

de 05 anos de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Diante do ocorrido, a referida candidata impetrou mandado de segurança para garantir a posse no cargo em questão, cuja ordem foi denegada pelo Juiz de Primeira Instância e mantida pelo Tribunal, tendo transitado em julgado em 2012, conforme informação de fls. 337.

6. Em razão do indeferimento da posse da 1ª colocada, a ora recorrente, classificada em 2º lugar, também, apresentou mandado de segurança, alegando a existência de direito subjetivo à posse no cargo de Coordenador Parlamentar, uma vez que a única vaga prevista no edital não fora preenchida.

7. A impetrante foi aprovada, como visto, dentro do cadastro de reserva, na posição classificatória 2ª, ou seja, a 1ª que deve ser convocada, uma vez que a primeira classificada teve sua posse indeferida por não ter comprovado o lapso temporal exigido pelo edital de 05 anos de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Assim, obedecendo a ordem de classificação, impõe-se o reconhecimento do direito líquido e certo da impetrante à nomeação e posse no cargo para o qual fora devidamente habilitado.

8. Salienta-se que o fato do cargo de Coordenador Parlamentar ter sido renomeado para Assistente Legislativo em Gestão Pública II e de ter sido realizado novo concurso público com previsão de 1 vaga para tal cargo não retira o direito líquido e certo da ora recorrente ser nomeado ao cargo vago, uma vez que na época da impetração a vaga não estava preenchida.

9. Recurso parcial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido".

(REsp 1359516/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013)

Outra não é a posição deste Tribunal de Justiça:

"MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE PROFESSOR DE QUÍMICA – APROVAÇÃO DO IMPETRANTE EM SEGUNDO LUGAR – EDITAL COM PREVISÃO DE APENAS UMA VAGA – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – EVIDENCIADA A NECESSIDADE DO SERVIDOR E EXISTÊNCIA DE VAGA – DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – SEGURANÇA CONCEDIDA COM O PARECER.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm firmando o entendimento de que o ato da Administração Pública que, a princípio, era discricionário, a partir do momento que veicula, no instrumento convocatório do concurso, determinado número de vagas, passa a ser vinculado, gerando direito subjetivo à nomeação ao candidato aprovado dentro destas vagas.

A contrario sensu, para as hipóteses de candidatos aprovados fora do número de vagas previsto no edital e de instrumento convocatório que não indica o número de vagas disponíveis (cadastro de reserva) há apenas expectativa de direito, ficando a nomeação ao cargo público submetida à discricionariedade da Administração critérios de conveniência e oportunidade.

A despeito desse raciocínio, recentíssimos julgados dos Tribunais Superiores têm dado solução diferente para os casos em que, durante a validade do concurso público, houver vacância de cargos ou forem criadas vagas.

Sustenta-se que a Administração Pública respeita não só ao princípio da legalidade, mas também ao da economicidade e da eficiência, os quais determinam que, havendo cargos vagos e candidatos aprovados em concurso público, estes devem ser nomeados e

empossados. O impetrante possui direito subjetivo à nomeação no cargo de Professor de Química, porque a vacância por ele mencionada refere-se à contratação temporária de servidor, evidenciando a necessidade de preenchimento da vaga.

Portanto, considerando que o candidato foi aprovado na segunda colocação e atua como contratado resta configurada a violação ao seu direito líquido e certo.

Segurança Concedida".

(Mandado de Segurança - Nº 0605210-56.2012.8.12.0000, Órgão Especial, Relator Des. Divoncir Schreiner Maran, j. 27 de fevereiro de 2013)

"MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – DECADÊNCIA – INOCORRÊNCIA – CADASTRO DE RESERVA – COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VAGA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – PRECEDENTE DO STJ – SEGURANÇA CONCEDIDA.

(...)

O candidato aprovado em concurso público, ainda que para cadastro de reserva, que comprova a existência de vaga suficiente à sua nomeação, como na hipótese, não possui simples expectativa, mas direito subjetivo à nomeação e posse".

(Mandado de Segurança Nº 0015200-23.2012.8.12.0000, Órgão Especial, Relator Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia, j. 16 de janeiro de 2013)

Sendo assim, a mera expectativa se convola em direito líquido e certo do candidato aprovado em cadastro de reserva a partir do momento em que surgem novas vagas durante o prazo de validade do concurso público.

Este é o caso dos autos.

Isso porque, com a criação do Serviço de Inspeção Municipal – SIM, através da Lei Municipal nº 1.681/2012 (f.92/113) restou demonstrado o surgimento de uma vaga para o cargo constante no Edital, tanto que em 15 de janeiro de 2013 a impetrante foi contratada pela municipalidade, de forma precária, para exercer o mesma função para a qual foi aprovada, com os mesmos vencimentos e carga horária (f.86/90).

Acentuo que o Município de Iguatemi alegou em informações apenas que a ordem deveria ser denegado, por se tratar a nomeação de candidato aprovado em cadastro de reserva ato discricionário da Administração, de acordo com a sua conveniência e oportunidade.

Todavia, tal argumento se mostra de todo desarrazoado, especialmente se levar em consideração a justificativa para contratação precária da impetrante que, ao contrário, evidencia a necessidade do preenchimento da vaga. Confira-se:

"Venho através deste justificar a contratação da Médica Veterinária HELLEN MELEZ MARTINS CRMV- 3415-MS, que irá atuar no Sistema de Inspeção Municipal - SIM, considerando que a referida profissional está aprovada em 1º lugar no último Concurso Público desta municipalidade" (f. 86)

Como bem pontuou o magistrado singular:

"(...)

Na hipótese vertente, a Administração simplesmente deixou transcorrer in albis o prazo de validade do concurso, sem, no entanto, expender qualquer motivação que

> *justificasse a excepcional situação ensejadora da não nomeação da impetrante, ficando a matéria, nesse diapasão, restrita à cláusula geral do edital, que ditou as regras do concurso em relevo, resumida na singela sentença gramatical: de acordo com o interesse e conveniência da Administração. No caso dos autos, observo que surgiu uma vaga com a edição da Lei 1.681/2012, ao dispor em seu artigo 7º, inciso II, "a contratação, por concurso público, do pessoal que efetua os controles oficiais". Ademais, a impetrada contratou precariamente a impetrante, conforme se observa da documentação juntada aos autos. Nesse passo, a impetrada justificou a referida contratação nos seguintes termos: "Venho através deste justificar a contratação da Médica Veterinária Hellen Melez Martins CRMV- 3415-MS, que irá atuar no Sistema de Inspeção Municipal SIM, considerando que a referida profissional está aprovada em 1º lugar no último Concurso Público desta municipalidade" (f. 86). Observo que durante a validade do concurso foi criada vaga para o cargo em que a impetrante fora aprovada, bem como foi contratada a título precário" (f.355/362)*

Portanto, comprovada a existência de vaga durante o período de validade do concurso, mesmo que não prevista no edital, tem a impetrante direito líquido e certo à nomeação para o cargo aprovada em primeiro lugar.

Ante o exposto, conheço do recurso e com o parecer, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 03 de junho de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0806851-89.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRORROGAÇÃO DE LICENÇA MATERNIDADE – SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – ADOÇÃO – DIREITO À LICENÇA MATERNIDADE – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 59, *CAPUT* E INCISOS I, II E III, DA LEI ESTADUAL N.º 3.150/2005 - TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MÃES ADOTANTES - PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA.

Não subsiste sentença que nega direito de licença maternidade por adoção, fundamentando-se em artigo de Lei Estadual que teve sua inconstitucionalidade declarada nos autos por via difusa.

Contraria os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, do tratamento igualitário e da convivência familiar a não concessão de licença-maternidade à mãe adotante.

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 e em parte com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de abril de 2014.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Acrescento que o Órgão Especial desta Corte declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade do artigo 59, *caput* e incisos I, II e III, da Lei Estadual nº 3.150/2005, conforme acórdão de f. 104-110.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

R. R. S., inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS nos autos da Ação de Prorrogação de Licença Gestante por Adoção que move em face do Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe apelação cível, objetivando sua reforma.

Nas razões recursais, a apelante alega que em atendimento ao princípio da igualdade faz jus à prorrogação do prazo de licença gestante por adoção de 180 dias, e não somente de 30 dias como lhe fora deferido pela Administração Pública Estadual.

Assevera que, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção à família, deve lhe ser concedido o prazo de 180 dias de licença, mormente quando a Lei 12.010/2009 revogou os §1ª a 3º do artigo 392-A da CLT e garantiu igualdade na licença maternidade entre empregada gestante e adotante.

Aduz que a Lei Estadual nº 3150/2005 deve ser submetida ao crivo dos princípios constitucionais e das Leis Federais que regem a matéria, e de consequência, assegurada à apelante a licença maternidade de 180 dias.

Pois bem, extrai-se da inicial que a autora é servidora pública do Estado de Mato Grosso do Sul e também do Município de Dourados, exercendo em ambos o cargo de professora.

Sucede que a autora adotou a criança L. R. S., nascida em 05/10/2005, mas por não se tratar de recém nascido, já que a criança possuía à época 5 (cinco) anos de idade, foi-lhe negado pelo Estado apelado licença maternidade de 180 dias, sendo concedido apenas 30 (trinta) dias de licença, conforme Lei Estadual nº 3.150/2005. Já no Município de Dourados, a autora conseguiu a licença integral.

Diante do indeferimento pelo Estado, a autora ingressou com a presente demanda pretendendo lhe seja concedida licença maternidade por adoção de 180 (cento e oitenta) dias, vez que entende que deve haver igualdade de tratamento entre filhos sanguíneos e adotivos.

O Juízo *a quo* não concedeu a pretensão deduzida na inicial ao fundamento de que além da requerente não ter obedecido as formalidades legais para requerer a prorrogação do prazo da licença, a legislação estadual que regula a matéria não sustenta a tese da autora, porquanto não há falar em aplicação do princípio da igualdade no caso, quando a situação fática (adoção de criança de 05 anos) não é idêntica àquela em que se concede o prazo de 180 dias licença ora pleiteada (adoção de recém nascido).

A controvérsia trazida em sede recursal está em saber se a apelante faz jus ao benefício da licença de 180 (cento e oitenta) dias, notadamente diante da Lei Estadual nº 3.150/2005 que estabelece escalonamento do período da licença maternidade para as mães adotantes, variando de acordo com a idade do filho adotivo.

Pois bem, inicialmente, cumpre salientar que não há falar em não acolhimento pela Administração Estadual da extensão do benefício da licença maternidade pelo prazo de 180 dias, quando já há lei aprovada e sancionada a respeito para outras servidoras, conforme reiterados julgados desta Corte:

> *"EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRORROGAÇÃO LICENÇA-MATERNIDADE – LEI N. 11.770/2008 – SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FAMÍLIA E À CRIANÇA – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE MALFERIDO – ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *A Lei n. 11.770/2008, ao prorrogar a licença-maternidade de 120 para 180 dias, buscou implementar os deveres constitucionais de proteção à família e à criança, de sorte que impõe a observância a tais preceitos. Inteligência dos artigos 226, caput e § 4º, e 227, caput, da Constituição Federal.*
>
> *Revela-se, ademais, desarrazoado o indeferimento do pedido na esfera administrativa sob o argumento de não-adoção da extensão do benefício pela Administração Estadual, quando já há lei aprovada e sancionada a respeito para outras servidoras."* (TJMS; MS-2009.020082-7, 1ª Seção Cível, rel. des. Divoncir Schreiner Maran, v.u., j. em 5.11.2009)
>
> *"EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – LICENÇA-MATERNIDADE – LEI FEDERAL 11.770/2008 – PRORROGAÇÃO – POSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.*

> *I – Em havendo expressa autorização legal para que a Administração Pública direta, indireta e fundacional institua programa que garanta a prorrogação da licença-maternidade para suas servidores, não se afigura lícito que se, aguarde a iniciativa da Administração em assim proceder, para que possa ser usufruído tal direito, pela interessada."* (TJMS; MS-2009.021738-9, 2ª Seção Cível, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, v.u., j. em 14.12.2009.)
>
> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRORROGAÇÃO LICENÇA-MATERNIDADE – LEI N. 11.770/2008 – SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FAMÍLIA E À CRIANÇA – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE MALFERIDO – ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *A Lei n. 11.770/2008, ao prorrogar a licença-maternidade de 120 para 180 dias, buscou implementar os deveres constitucionais de proteção à família e à criança, de sorte que impõe a observância a tais preceitos. Inteligência dos artigos 226, caput e § 4º, e 227, caput, da Constituição Federal.*
>
> *Não há falar em indeferimento do pedido na esfera administrativa sob o argumento de não-adoção da extensão do benefício pela Administração Estadual, quando já há lei aprovada e sancionada a respeito pela Assembléia Legislativa e sancionada pelo Governador do Estado.*
>
> *Sob este prisma, revela-se evidente a concordância do chefe do executivo com o conteúdo da norma, sendo correta a extensão do benefício para outras servidoras. Hipótese em que não se caracteriza a violação ao princípio da interdependência entre os Poderes Públicos."* (TJMS; AgRg-2009.025069-5/0001-00, 3ª Seção Cível, rel. Des. João Maria Lós, v.u., j. em 16.11.2009)

Igualmente não há falar em não extensão do benefício às mães adotantes.

O que se discute no caso dos autos é aplicação do princípio da igualdade em casos de licença gestante quando se tratar de crianças com idades distintas.

Explico.

O que pretende a apelante com a presente demanda, é a prorrogação do prazo de sua licença gestante para 180 dias, independentemente da idade da criança, ao argumento de que se a Constituição Federal não discrimina a idade da criança para a concessão da licença gestante, não podendo a Lei Estadual nº 3.150/2005 fazê-la, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da igualdade da proteção à família.

Nesse ponto, o seu recurso comporta provimento.

Com efeito, a propalada Lei Estadual nº 3.150/2005 estabelece no art. 59, inciso III, que quando a segurada adotar criança de quatro a oito anos de idade fará jus a licença maternidade pelo prazo de 30 (trinta) dias, cuja licença poderá ser prorrogada pelo prazo de 15 (quinze) dias, desde que requerida a prorrogação até trinta dias antes do término da licença, nos termos do art. 1º da Lei nº 3.855/2010, cujos dispositivos possuem a seguinte redação:

> *"Art. 59. À segurada que adotar, ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, é devido salário-maternidade pelos seguintes períodos:*
>
> *I - cento e vinte dias, se a criança tiver até um ano de idade;*
>
> *II - sessenta dias, se a criança tiver entre um e quatro anos de idade;*

*III - **trinta dias, se a criança tiver de quatro a oito anos de idade**". (grifei)*

"Art. 1º Fica concedida às servidoras públicas civis e militares do Poder Executivo Estadual, das suas autarquias e das suas fundações, a prorrogação por sessenta dias, da duração da licença-maternidade.

*§ 1º **A prorrogação da licença-maternidade será concedida mediante requerimento da interessada, protocolado até trinta dias antes do término da licença**.*

§ 2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, também às servidoras civis e militares que adotarem ou obtiverem guarda judicial para fins de adoção de criança, pelos seguintes períodos:

I - sessenta dias, se a criança tiver até um ano de idade;

II - trinta dias, se a criança tiver entre um e quatro anos de idade;

***III - quinze dias, se a criança tiver de quatro a oito anos de idade**". (grifei)*

No caso dos autos, a apelante adotou a criança L. R. S. quando contava cinco anos de idade e, diante do texto do art. 59 da Lei Estadual nº 3.150/2005 lhe foi concedida apenas 30 (trinta) dias de licença e, quando requereu a prorrogação do período, teve negado o seu pleito sob o argumento de que "*a servidora requerente entrou com o requerimento 08 dias antes do término da licença*" (f. 22), vez que teria de ser "*protocolado até trinta dias antes do término da licença*", conforme dispositivos legais supracitados.

Sucede que foi arguida por via difusa a inconstitucionalidade do art. 59, *caput* e seus incisos, da aludida Lei Estadual nº 3.150/2005, tendo sido por unanimidade julgada procedente a arguição, cuja ementa do acórdão proferido naquele Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade (nº 1600134-63.2014.8.12.0000) restou vazada nos seguintes termos:

"E M E N T A - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL LICENÇA MATERNIDADE FILHO ADOTIVO ARTIGO 59, CAPUT E INCISOS I, II E III, DA LEI ESTADUAL N.º 3.150//2005 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ARGUIÇÃO PROCEDENTE.

A licença maternidade tem por escopo possibilitar que seja dada atenção por parte da figura parental em período integral aos filhos sejam eles biológicos ou adotivos. O direito à licença maternidade justifica-se pela própria necessidade de convivência e adaptação inicial entre mãe e filho, ainda que essa necessidade apresente especificidades de acordo com a idade da criança. Padece de inconstitucionalidade o dispositivo de lei que estabelece escalonamento do período da licença maternidade para as mães adotantes, variando de acordo com a idade do filho adotivo, por haver nítida violação ao princípio da isonomia (artigo 5º, da CF). Arguição incidental de inconstitucionalidade procedente".

Segue transcrição do excerto do julgamento da Arguição da Inconstitucionalidad,e:

" (...) Ora, realmente não existe qualquer justificativa racional para o tratamento diferenciado às mães adotantes e às crianças adotadas no que se refere ao tempo da licença maternidade. É que referido benefício tem por escopo possibilitar que seja dada atenção por parte da figura parental em período integral aos filhos sejam eles biológicos ou adotivos. O direito à licença maternidade justifica-se pela própria necessidade de convivência e adaptação inicial entre mãe e filho, ainda que essa necessidade apresente especificidades de acordo com a idade da criança.

A intenção primordial da licença maternidade e do salário maternidade é proporcionar à figura parental a possibilidade de se dedicar exclusivamente ao filho pelo período de tempo necessário, que não difere se a criança for adotada e não for bebê.

Estudos mostram que a insuficiência ou a ruptura dos primeiros vínculos afetivos implica dificuldade de identificação da criança com as novas figuras parentais, sendo que essa convivência inicial é fundamental para a saúde mental da criança, que fora abalada em maior ou menor intensidade dependendo do grau de privação a que ela foi submetida. Não se pode olvidar que as dificuldades apresentadas no processo de adaptação podem ser minimizadas com a extensão da licença e do salário maternidade aos adotantes de crianças de qualquer idade.

As dificuldades enfrentadas pelos pais e filhos em processo de adoção também foi alertada pelo ilustre Procurador subscritor do parecer que assim discorreu (f. 20):

(...) Urge obtemperar que é sabido que, em relação à adoção,normalmente, quanto mais adiantada a idade da criança, maior esforço exige sua adaptação ao seio familiar, principalmente se tiver sido vítima de traumas físicos ou psicológicos, porquanto as crianças em tenra idade possuem menor compreensão da realidade.

Logo, em se tratando de adoção, os cuidados com a criança vão além do aspecto físico, que, a princípio, são mais exigidos no primeiro ano de vida do menor, uma vez que englobam também os aspectos afetivos, psicológicos e éticos. De sorte que à criança e à mãe adotante devem ser asseguradas as mesmas prerrogativas constitucionalmente fixadas aos filhos biológicos, entre elas a licença-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, favorecendo a adaptação e convivência familiar. (...)"

A inconstitucionalidade do escalonamento da licença maternidade é tão evidente que a Lei n.º 12.010/2009 revogou os §§ 1º a 3º do artigo 392-A da CLT que previa a redução do tempo de licença para a empregada adotante".

Destarte, diante da declaração da inconstitucionalidade do artigo 59, *caput* e incisos, da Lei Estadual nº 3.150/2005, que estabelecia tratamento diferenciado para concessão de licença às mães adotantes, de acordo com a idade do filho adotivo, não remanesce qualquer impedimento para acolhimento do pleito recursal.

Logo, tendo restado provado nos autos pela apelante a adoção da criança L. R. S. (f. 12), o vínculo estatutário mantido com o Estado apelante (f. 13) e o deferimento da licença maternidade por adoção tão somente pelo período de 30 (trinta) dias (f. 15/16), impõe-se o provimento do recurso para concessão da licença pelo período restante até completar 180 (cento e oitenta) dias.

Ante o exposto, conheço do recurso, e em parte com o parecer, dou-lhe provimento para reformar a sentença e conceder à apelante o direito à licença maternidade por adoção, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, do qual deverá ser deduzido o período de 30 (trinta) dias já usufruído pela apelante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e em parte com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 29 de abril de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0003321-29.2012.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO SUMÁRIO – RECOLHIMENTO DO ITCD – INADMISSIBILIDADE – ARTIGO 1.034 DO CPC – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

*"É inadmissível, no âmbito do arrolamento sumário, a apreciação de pretensões fazendárias que envolvam o imposto sobre transmissão causa mortis." (*REsp 1246791/SP)

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, 29 de abril de 2014.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença proferida pelo juiz da 2ª Vara da Comarca de Naviraí, nos autos da Ação de Arrolamento Sumário requerida por Thiago Lorenti Ximenes dos bens deixados por Floriano Ximenes, que homologou a partilha.

Alega, em apertada síntese, a nulidade da sentença por violação do artigo 1.026 do CPC, uma vez que não houve o pagamento do Imposto de Transmissão *causa mortis*, bem como a intimação prévia da Fazenda Pública para se manifestar nos autos, razão pela qual postula o retorno dos autos ao juízo *a quo,* determinando-se que o inventariante efetue o recolhimento da multa prevista no art. 135, II, do CTE sobre os bens a inventariar e junte aos autos a respectiva Guia de Informação e o DAEMS.

Em contrarrazões, o requerente defende que em se tratando de procedimento de inventário sob a forma de arrolamento previsto na Seção IX, do Capítulo IX do CPC, possível a homologação da partilha sem que seja discutido o pagamento do ITCD, nos termos do art. 1.034, pugnando pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de emitir parecer por entender ausente interesse público no recurso.

É o relatório.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara da Comarca de Naviraí nos autos da Ação de Arrolamento Sumário requerida por Thiago Lorenti Ximenes dos bens deixados por Floriano Ximenes, que homologou a partilha.

Como cediço, o inventário *"é o processo pelo qual se apura o patrimônio ativo e passivo do de cujus, avaliam-se os bens, pagam-se os legados e o imposto causa mortis, tendo seu procedimento regulado no art. 982 do CPC[1]"*.

Por sua vez, o arrolamento é uma forma simplificada do inventário, com procedimento distinto, podendo ser sumário (art. 1031 do CPC) ou comum (art. 1036 do CPC), verificando-se o primeiro quando se estiver diante de herdeiros capazes e divisão amigável dos bens deixados, bastando para seu processamento que os interessados apresentem a partilha ao Juiz, que homologará a partilha.

Em se tratando de arrolamento sumário, caso dos autos, o Superior Tribunal de Justiça, em respeito ao disposto no artigo 1.034 do CPC, sedimentou posicionamento no sentido de que *"não se admite questionamento pela Fazenda Estadual acerca do pagamento de tributos relativos à transmissão[2]"*.

Vejamos o que diz o artigo 1034 do Código de Processo Civil:

> *Art. 1.034. No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.*
>
> *§ 1º A taxa judiciária, se devida, será calculada com base no valor atribuído pelos herdeiros, cabendo ao fisco, se apurar em processo administrativo valor diverso do estimado, exigir a eventual diferença pelos meios adequados ao lançamento de créditos tributários em geral. 1980-1988/L7019.htm*
>
> *§ 2º O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros.*

Assim, a Fazenda Pública não pode exigir o pagamento ou o complemento do tributo, antes que os cálculos sejam homologados pelo Juiz, a teor da Súmula 114 do Supremo Tribunal Federal que assentou: *"O imposto de transmissão causa mortis não é exigível antes da homologação do cálculo."*

Nesse mesmo sentido:

> *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - ARROLAMENTO SUMÁRIO - DISCUSSÃO RELATIVA A IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS - INADMISSIBILIDADE - TESE PELO SOBRESTAMENTO DO FEITO - SUPOSTA AFRONTA A LEI ESTADUAL - SÚMULA 280 DO STF.*
>
> *1. O caput do art. 1034 do Código de Processo Civil dispõe que, "no arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio".*

1 REsp 717338 (2005/0005215-3 - 24/03/2009), Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 24/03/2009)

2 Ob. Cit., REsp 717338 (2005/0005215-3 - 24/03/2009)

2. É inadmissível, no âmbito do arrolamento sumário, a apreciação de pretensões fazendárias que envolvam o imposto sobre transmissão causa mortis.

3. O pedido de suspensão do andamento do feito, até que a Fazenda Estadual investigue a correção dos pagamentos realizados pelo espólio, não tem respaldo em lei federal.

4. Examinar a tese relativa à Lei Estadual Paulista 10.705/00 dependeria de expediente inviável nesta via, nos termos da Súmula 280 do STF: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1246791/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 25/04/2013)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INVENTÁRIO. ITCMD. TERMO A QUO DECADENCIAL PARA LANÇAMENTO DO TRIBUTO. HOMOLOGAÇÃO DO CÁLCULO. 1. Nos termos do art. 173 do CTN, somente no primeiro dia do exercício seguinte ao ano em que o lançamento poderia ter sido realizado é que começa a transcorrer o prazo decadencial de 5 anos para a constituição do crédito tributário. 2. No caso, tratando-se de inventário, compete ao juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, proceder ao cálculo do imposto de transmissão causa mortis, conforme dispõem os arts. 1.012 e 1.013 do CPC. 3. Consequentemente, enquanto não homologado o cálculo do inventário, não há como efetuar a constituição definitiva do tributo, porque incertos os valores inventariados sobre o qual incidirá o percentual da exação, haja vista as possíveis modificações que os cálculos sofrerão ante questões a serem dirimidas pelo magistrado, nos termos dos arts. 1.003 a 1.011 do CPC. 4. No caso em apreço, homologado o cálculo em 27.6.2008, o prazo decadencial só ocorrerá após 31.12.2013. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1257451/SP, Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, 06/09/2011)

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. INVENTÁRIO. COMPETÊNCIA. ARROLAMENTO. FAZENDA PÚBLICA. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO. ARTIGOS 1031 E 1034 DO CPC.

1. Não se admite questionamento pela Fazenda Estadual acerca do pagamento de tributos relativos à transmissão quando a hipótese for de arrolamento, procedimento de rito sumário. Precedente: REsp 927.530/SP.

2. Recurso especial não-provido.

(REsp 717.338/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 24/03/2009)

PROCESSUAL CIVIL. ARROLAMENTO. QUESTÃO FISCAL. ARTIGO N. 1.034, CPC.

1. AS QUESTÕES RELATIVAS AO LANÇAMENTO E AO RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE A TRANSMISSÃO DOS BENS DO ESPOLIO ESTÃO RESERVADAS A ESFERA ADMINISTRATIVA, NÃO SE AMOLDANDO AOS DITAMES DO ART. N. 1.034 - CAPUT - E PARAGRAFOS 1. E 2., CPC, FILIÁ-LAS AO ARROLAMENTO, EMBARAÇANDO A SUA VOCAÇÃO DE PROCESSO SUMARIO.

2. RECURSO PROVIDO.

(REsp 37.990/RS, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/03/1995, DJ 08/05/1995, p. 12305)

Destarte, considerando o disposto acima, correta se mostra a sentença, devendo a Fazenda Pública valer-se dos meios adequados à cobrança do imposto.

Ex positis, nego provimento ao apelo.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 29 de abril de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0009320-55.2010.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – CONSUMIDOR – DEMORA NA LIGAÇÃO DA ENERGIA NA UNIDADE CONSUMIDORA DO AUTOR – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA COMPROVADA PARA A DEMORA NO ATENDIMENTO DA SOLICITAÇÃO – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – RECURSO NÃO PROVIDO.

O fornecimento de energia elétrica é serviço essencial, motivo porque a concessionária não pode retardar seu fornecimento, sem que apresente justificativa plausível para tanto, devendo ser respeitados os prazos indicados na Resolução nº 414/2010 da ANEEL.

Aplica-se a tal relação jurídica, o Código de Defesa do Consumidor, conforme precedentes das Cortes Superiores, cujas disposições determinam que as concessionárias de serviço público são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e a manter a continuidade quanto aos essenciais, que é o caso do fornecimento de energia elétrica.

A responsabilidade objetiva decorre da obrigação de eficiência dos serviços, sendo que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que estendeu essa norma às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público.

O serviço de fornecimento de energia que só é disponibilizado mais de dois meses depois da respectiva solicitação, sem justificativa, enseja a indenização por danos materiais e morais, mormente quando o consumidor traz elementos nos autos que justificam tal condenação.

O *quantum* indenizatório, por danos morais, é fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, obedecendo, ainda, a sua dupla finalidade, preventiva-punitiva e observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

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, 10 de junho de 2014.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Elektro - Eletricidade e Serviços S.A. contra decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas nos autos de ação cominatória com indenização por danos materiais e morais e tutela antecipada movida por Juscelino Luiz da Silva, que julgou procedentes os pedidos, para condenar a recorrente ao pagamento de R$ 2.733,33 por danos materiais e R$ 4.000,00 por danos morais, causados ao recorrido.

Alega, em síntese, que:

1) que o recorrente não atendeu imediatamente à solicitação do recorrido, por circunstâncias alheias à sua vontade, sendo que o pedido de ligação da energia elétrica foi formalizado em 23.09.2010, mas na data de 27.09.2010, conforme informado pela imprensa nacional, o Muncípio de Três Lagoas foi atingido por um intenso vendaval, que ocasionou inúmeras ocorrências emergenciais à apelante, tendo em vista a grande destruição causada por esse fato da natureza.

Foi necessário que a recorrente paralisasse todas as obras que estavam em andamento, para normalizar o sistema de transmissão de energia elétrica à população, não podendo, portanto, se imputar nenhuma responsabilidade à recorrente, por eventual prejuízo sofrido pelo recorrido.

Aduz que não praticou nenhum ato ilícito, passível de compeli-la à qualquer reparação, seja por danos materiais ou morais, sendo que o motivo de força maior é excludente da responsabilidade, pois há quebra do nexo causal.

Por outro lado, não sendo este o entendimento, não restaram provados os lucros cessantes, bem como do dano moral indicado.

Prequestiona os dispositivos legais citados, pugnando pela reforma da decisão singular, para julgar improcedentes os pedidos da parte autora.

Em contrarrazões, o apelado pede o não provimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Elektro - Eletricidade e Serviços S.A. contra decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas nos autos de ação cominatória com indenização por danos materiais e morais e tutela antecipada movida por Juscelino Luiz da Silva, que julgou procedentes os pedidos, para condenar a recorrente ao pagamento de R$ 2.733,33 por danos materiais e R$ 4.000,00 por danos morais, causados ao recorrido.

Observo que o cerne da questão a ser analisada neste recurso, decorre da condenação do recorrente ao pagamento de danos materiais e morais, em razão da demora na prestação de serviço, consistente na ligação da energia na unidade consumidora da parte autora.

Extrai-se dos autos que o recorrido afirmou que solicitou a mudança de padrão de energia elétrica em imóvel de sua propriedade, em razão da construção de um barracão que seria alugado a terceiro, mas como no local (Rua Alan Kardec) não havia rede trifásica, foi o apelado orientado pela própria recorrente que seria necessária a instalação de um novo ramal, com transformador.

Feito isso, o recorrido alega que comunicou à recorrente que o serviço suso mencionado já estava pronto, sendo solicitada, então,a ligação da energia elétrica, fato que ocorreu em 15.07.2010.

No entanto, a recorrente alega que em tal data fora feita a primeira solicitação, quando se constatou que não havia rede trifásica, bem como a necessidade de instalação de um novo ramal, com novo transformador. Segundo aduz, a informação de que a rede já estava pronta só ocorreu em 23.09.2010, sendo que só não prestou o serviço no prazo correto, porque se viu impossibilitada a tal, em razão de fato da natureza ocorrido em 27.09.2010, noticiado em rede nacional, que causou inúmeros transtornos à população local e à apelante, que foi obrigada a paralisar todas as obras que estavam em andamento, para normalizar o sistema de transmissão de energia elétrica à cidade.

Quanto à questão da data em que houve a solicitação de ligação da rede de energia elétrica, observa-se do painel probatório, que a recorrente não se desincumbiu de seu ônus de comprovar o fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, isso porque, trouxe apenas uma tela, na qual informa que a solicitação do recorrido foi feita em 23.09.2010, mas trata-se de prova solitária, sem respaldo nos demais elementos contidos nos autos.

Assim, conforme consignou o julgador singular, a data incontroversa dos autos é 15.07.2010, que inclusive não foi negada pela recorrente, devendo ser esta considerada para verificar se ela extrapolou o prazo para a eficiente prestação do serviço, nos termos da norma regente da matéria.

Nesse passo, conforme dispõe o inc. I do art. 31 da Resolução nº 414/2010 da ANEEL, a concessionária deverá proceder à ligação na unidade consumidora no prazo de dois dias a sete dias úteis após a solicitação do consumido, conforme o grupo de classificação da unidade consumidora.

No caso, tenho que a concessionária apelante excedeu tal prazo, pois a instalação foi solicitada 15.07.2010 e o serviço de energia somente foi disponibilizado em 07.10.2010, um dia depois de ajuizada esta ação. Assim, resta evidenciada a falha na prestação do serviço, devendo a ré ser responsabilizada nos termos do art. 14 do CDC, uma vez que demorou mais de dois meses para realizar a ligação.

Cumpre considerar, ainda, que a recorrente, pela natureza da atividade que exerce, responde objetivamente pelos danos que causar. A responsabilidade objetiva decorre da obrigação de eficiência dos serviços, sendo que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal estendeu essa norma às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público.

Além disso, a relação é de consumo, incidindo *in casu* o art. 14, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, em face da prestação defeituosa do serviço. Também o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que as concessionárias de serviço público são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e a manter a continuidade quanto aos essenciais, que é o caso do fornecimento de energia elétrica.

Dessa forma, impõe-se concluir que a demora significativa e injustificada para fornecer o serviço de energia elétrica, foi capaz de gerar uma lesão de cunho extrapatrimonial, privando o consumidor de usufruir bem essencial.

Essa questão já se encontra pacificada na jurisprudência pátria:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS. DEMORA NA LIGAÇÃO DA ENERGIA. CONDENAÇÃO NO CUMPRIMENTO DO DEVER E DANOS MORAIS. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO FRMP. EXAÇÃO COBRÁVEL APENAS EM AÇÕES, E NÃO EM RECURSOS* (ART. 28, VIII, DA LC 166/99). REJEIÇÃO. " (TJ-RN - AC: 25133 RN 2009.002513-3, Relator: Des. Saraiva Sobrinho, Data de Julgamento: 04/06/2009, 3ª Câmara Cível).

> *"ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR. DEMORA NA LIGAÇÃO DA ENERGIA NA UNIDADE CONSUMIDORA DO AUTOR. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA COMPROVADA PARA A DEMORA NO ATENDIMENTO DA SOLICITAÇÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Sendo o fornecimento de energia elétrica um serviço essencial, a concessionária não pode retardar, de forma injustificada, a prestação do serviço. Prazo de dois dias úteis, previsto no art. 31, inc. I, da Resolução nº 414/2010 da ANEEL, não atendido. Considerando que a alegação da ré de não localizar o endereço do consumidor não é suficiente para justificar a demora na disponibilização do serviço, que somente aconteceu dois meses depois do pedido de ligação, de rigor o reconhecimento da ilegalidade da conduta. Pedido reiterado várias vezes e somente atendido após o ajuizamento da ação. Falha na prestação do serviço evidenciada. Responsabilidade da ré, nos termos do art. 14 do CDC. Dessa forma, impõe-se concluir que a demora significativa e injustificada para fornecer o serviço de energia elétrica foi capaz de gerar lesão de cunho extrapatrimonial, pois privou o consumidor de usufruir de serviço essencial, dando ensejo à violação de seus atributos da personalidade. O quantum indenizatório fixado em R$ 2.000,00, por estar de acordo com as peculiaridades do caso em concreto, além de estar em consonância com o parâmetro adotado pelas Turmas Recursais em casos análogos. Sentença reformada em parte. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* (Recurso Cível Nº 71004527255, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Lucas Maltez Kachny, Julgado em 06/05/2014)*"* (TJ-RS - Recurso Cível: 71004527255 RS , Relator: Lucas Maltez Kachny, Data de Julgamento: 06/05/2014, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/05/2014)

No que concerne à fixação do *quantum*, deve-se atentar para a capacidade do agente causador do dano, a finalidade de reparar a vítima e a punição do infrator como caráter pedagógico da indenização.

Diante disso, entendo que o *quantum* indenizatório fixado na sentença de primeiro grau guardou estreita observância ao duplo caráter de tal indenização preventivo/punitivo, resguardando, ainda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que determina que a decisão guerreada deve ser mantida neste ponto.

No que pertine aos danos materiais, do mesmo modo, os elementos dos autos indicam que a rede estava pronta há mais dois meses antes da realização do serviço pelo recorrente, bem como que o vendaval ocorreu bem depois da finalização da obra pelo recorrido. Essa conclusão se extrai do depoimento da testemunha Pedro Venceslau de Souza, que foi ouvida na fase instrutória, quando afirma que o vendaval ocorreu bem depois da obra estar concluída, tendo ficado paralisada nesse ínterim.

Portanto, como concluiu o julgador singular, o barracão seria alugado e só não o foi em razão da demora na instalação do padrão, para fornecimento de energia elétrica, deixando o recorrido de perceber o valor dos alugueres correspondentes a esse período, que fora apurado no decisum vergastado em R$ 2.733,33, importância essa que se encontra em perfeita consonância com os elementos de prova trazidos aos autos.

Assim, também neste ponto a decisão objurgada não merece reparos.

Quanto ao prequestionamento, tenho que todas as questões ventiladas pelo recorrente foram devidamente analisadas, sendo que não está o julgador obrigado a responder a todas as alegações das partes, nem a rebater todos seus argumentos. Basta que expresse os motivos e os fundamentos que repute necessários e suficientes à sua conclusão sobre os fatos trazidos aos autos, sendo que estes sim constituem a motivação, requisito essencial à validade do julgamento.

Por todas essas considerações, 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. 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. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 10 de junho de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0016247-29.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – TRANSFERÊNCIA DE VALORES DE CONTAS DE FORMA UNILATERAL - CORRENTISTA RESIDENTE EM OUTRO PAÍS - SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA - DANOS MORAIS CARACTERIZADOS - *QUANTUM* MANTIDO – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. No ordenamento jurídico pátrio não basta a mera alegação, é necessário produzir provas, conforme o disposto no artigo 333, I e II, do estatuto processual civil que distribui o ônus da prova ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quando alega fato modificativo, extintivo e impeditivo.

2. O dano moral suportado pelo requerente decorre da aflição de se deparar em uma situação emergencial de saúde e ser obstado a retirar seu dinheiro da instituição bancária em que confiou suas verbas, em razão de uma transferência unilateral feita pelo Banco para outra conta.

3. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado respeitando aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, considerando-se as condições do ofensor e do ofendido, o bem jurídico lesado, em quantia que seja suficiente à recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima.

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, 1º de abril de 2014.

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 Bradesco S/A contra decisão proferida pelo juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais movida por Wando Oliveira Pinho julgou procedente o pedido condenando a instituição financeira ao pagamento do valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de dano moral, atualizado monetariamente pelo IGPM e acrescido de juros de mora de 12% ao ano, contados a partir da sentença.

Alega que a decisão deve ser reformada pelos seguintes fundamentos:

1. Se houve de fato a transferência da conta para outra agência, ocorreu somente mediante autorização do autor por meio do uso de cartão magnético, com dispositivo de segurança e senha secreta, pessoal e intransferível;

2. Conquanto o apelado alegue que sofreu constrangimento, não há prova nos autos de que isso aconteceu, sendo indevida a indenização por danos morais;

3. O *quantum* fixado a título de danos morais foi exagerado e desproporcional à situação fática narrada nos autos, devendo ser reduzido e;

4. Prequestiona o art. 5°, V, LIV e LV da Constituição Federal; arts. 186, 927 e 944, parágrafo único do Código Civil; art. 333, inciso I do Código de Processo Civil.

Requer, *in fine*, o provimento do recurso para julgar improcedente o pedido relativo à indenização.

Em contrarrazões, o apelado propugna pela manutenção do *decisum* vergastado.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Banco Bradesco S/A contra decisão proferida pelo juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais movida por Wando Oliveira Pinho, julgou procedente o pedido inicial, condenando a instituição financeira ao pagamento do valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de dano moral, atualizado monetariamente pelo IGPM e acrescido de juros de mora de 12% ao ano, contados a partir da sentença.

A decisão objurgada restou proferida nos seguintes termos:

> *"(...) Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pleito indenizatório intentada por consumidor em face de instituição bancária, em razão de vício no serviço.*
>
> *(...) No momento em que o banco e ou instituição financeira outorga ao cliente dinheiro ou crédito para que este utilize como destinatário final, existe relação de consumo, estando sim sujeito à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, até mesmo pela presunção "juris tantum" em favor do cliente, de que este ao receber o dinheiro ou crédito, irá utilizá-lo para suas necessidades pessoais, ou seja, como destinatário final, caracterizando assim relação de consumo, cabendo ao banco e ou instituição financeira o ônus de provar o contrário.*
>
> *(...) Portanto, com base nos documentos juntados aos autos, conclui-se que de fato o autor reside atualmente na Bolívia, com visto de permanência no país por dois anos, conforme demonstra o documento de f. 17, bem como que é aluno da Universidade Adventista da Bolívia (f. 18 e 26).*
>
> *Na mesma esteira, comprovou o autor, através dos extratos bancários juntados a f. 19-24, ser titular da conta 62059-4, agência 1947, e notadamente a f. 21 restou evidenciada a transferência dos valores para a agência 0005745, consonante asseverado na inicial. Além disso, os documentos de f. 35-37 confirma que o autor buscou resolver o problema de forma administrativa, porém, sem sucesso.*

Ainda, a f. 38-48 traz aos autos comprovação dos problemas de saúde a que passou o requerente na Bolívia, além do recibo de passagem para esta cidade de Campo Grande, logo, os fatos narrados na exordial restaram devidamente demonstrados.

Relativamente aos danos morais, tenho que merece prosperar o pedido do requerente, porquanto os dissabores relatados ultrapassaram a barreira do razoável, ou seja, aquilo que se deve absorver como consequência da vida em sociedade e decorrentes de suas relações, mormente em razão dos transtornos decorrentes dos dias em que ficou impossibilitado de dispor do numerário de sua conta bancária, ainda mais se considerar que teve emergências médicas e foi necessário se socorrer de doações de terceiros.

Os danos morais, pela sua natureza de extrapatrimonialidade, são aqueles que atingem a esfera subjetiva da pessoa, cujo fato lesivo macula o plano dos valores da mesma em sociedade ou a sua própria integridade físico-psíquica, atingindo a sua honra, reputação, afeição, integridade física etc.

Tal indenização, no caso dos autos, tem a função compensatória, sendo importante ressaltar que a soma arbitrada não pode ser inexpressiva e nem constituir fonte de enriquecimento sem causa, devendo guardar relação de proporcionalidade com o dano sofrido e com a gravidade do ato ilícito, independentemente do lapso temporal.

Entretanto, mensurar o quantum devido, constitui atividade difícil para o julgador, haja vista a falta de critérios objetivos na legislação pátria.

(...) Posto isso, com fulcro no art. 269, I, do CPC, julgo, com resolução do mérito, parcialmente procedentes os pedidos formulados por Wando Oliveira Pinho nesta Ação de Obrigação de Fazer c/c Danos Morais c/c Tutela Antecipada movida em face de Banco Bradesco S/A, para condenar o requerido a pagar ao requerente indenização, a título de dano moral, no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizado monetariamente pelo IGPM a partir da sentença, além de juros de mora de 12% ao anos (art. 406 do C.C./2002 c/c art. 161, § 1º, do CTN e Súmula 362 do STJ), contados também da sentença, até a data do efetivo pagamento.

Condeno o requerido no pagamento das custas e despesas processuais, bem com os honorários advocatícios, estes fixo em 15% do valor da condenação, o que faço com fulcro no art. 20, § 3º, do CPC. "

Passo a análise das questões.

Sustenta o apelante que se houve de fato a transferência da conta para outra agência, ocorreu somente mediante autorização do autor por meio do uso de cartão magnético, com dispositivo de segurança e senha secreta, pessoal e intransferível.

Tal tese não há de ser acolhida, pois em momento algum o recorrente produziu prova que corroborasse suas alegações, ou seja, de que a transferência foi realmente feita pelo autor, por meio de cartão magnético e não pela própria instituição financeira, de forma unilateral.

No ordenamento jurídico pátrio não basta a mera alegação, é necessário produzir provas, conforme o disposto no artigo 333, I e II, do estatuto processual civil que distribui o ônus da prova ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quando alega fato modificativo, extintivo e impeditivo.

Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim ensinam que:

"[1. O ônus de provar da parte] Não podemos falar em dever de provar. Há ônus probatório que, uma vez não atendido, deve acarretar consequências processuais negativas

> *à parte que não o tiver observado, que se traduz na perda da oportunidade processual de provar os fatos supostamente constitutivos da afirmação de direito contido na inicial (art. 333, inc. I) ou da defesa apresentada (art. 333, inc. II). À obrigação e ao dever deve seguir, sempre, uma sanção (consequência desfavorável ao obrigado e àquele a quem incumbia o dever). Caberá ao autor provar o fato constitutivo de seu direito (art. 333, inc. I); ao réu, doutra parte, caberá a prova de fato, por ele articulado, que seja impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, inc. II). Quer isto significar que se o réu não alegar fato algum e apenas negar os fatos que tenham sido articulados pelo autor, o ônus de prova caberá ao autor. Se, porém, o réu alegar algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, será seu o ônus de prová-los."* (na obra "Comentários ao Código de Processo Civil", GZ Editora, 2012, p. 517).

Neste sentido o acórdão esclarecedor do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 108824/RS. Relator Ministro Milton Luiz Pereira):

> *"O ônus da prova é da parte (art. 333, CPC). O juiz somente tomará a iniciativa quando o conjunto probatório cause dúvidas ou perplexidades, de regra, devendo julgar segundo o alegado pelas partes ("iudex secundum allegatta et probata partium iudicare debet"). Em contrário, a regra (art. 333, CPC) ficaria derruída, impondo-se ao Juiz suprir a inatividade da parte (...)".*

Veja que a parte somente alegou e nada provou, deixando incidir o princípio: "*quod non est in actis non est in mundo*", ou seja, o que não está nos autos não está no mundo.

Logo, ao apelante cabia a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, posto que tal fato lhe beneficiaria e era do seu interesse fazer a demonstração de sua ocorrência.

Quanto à alegação de ausência de prova do constrangimento a ensejar a indenização por danos morais, mais uma vez não merece guarida, visto que conforme consta das provas carreadas nos autos o requerente é aluno da Universidade Adventista da Bolívia (f. 18 e 26) e portanto reside naquele país, com visto de permanência de dois anos (f. 17) e titular da conta 62059-4, agência 1947 (f.21), da qual foram transferidos os valores. Também restou comprovado pelo autor que em decorrência de problemas de saúde (f. 38/48) precisou do dinheiro e quando tentou solucionar a questão administrativamente não obteve êxito (f.35/37), ficando impossibilitado de de manter-se e a sua família, tendo que recorrer a empréstimos com amigos.

Sendo os serviços prestados regulados pelo Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade é objetiva, o que torna induvidoso que o pedido formulado na inicial tem procedência, devendo assim ser paga a indenização pelos danos morais causados.

O dano moral suportado pelo requerente decorre da aflição de se deparar em uma situação de emergência (problemas de saúde) e ser obstado a retirar seu próprio dinheiro da instituição bancária em que confiou suas verbas.

Por fim, em relação ao *quantum* indenizatório, também não merece respaldo a pretensão do recorrente. Vejamos:

Cediço que na mensuração da indenização por dano moral, deve o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitrar, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo ao ressarcimento do dano extrapatrimonial.

Neste propósito, impõe-se que o magistrado atente às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como à intensidade e duração do sofrimento e à reprovação da conduta do agressor,

não se olvidando, contudo, que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

A dúplice natureza da indenização por danos morais vem ressaltada na percuciente lição de Caio Mário, citado por Sérgio Cavalieri Filho[1]:

> *"Como tenho sustentado em minhas Instituições de Direito Civil (v. II, n.176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I - punição ao infrator por haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II – pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o pretium doloris, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo da vingança" (destacar)*

Este é o entendimento do Colendo STJ, consoante se verifica do seguinte precedente:

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MILITAR. VÍTIMA DE HOMICÍDIO EM QUARTEL. (...) Assim, ultrapassada esta questão, se faz necessário observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como o valor arbitrado deve guardar dupla função, a primeira de ressarcir a parte afetada dos danos sofridos, e uma segunda pedagógica, dirigida ao agente do ato lesivo, a fim de evitar que atos semelhantes venham a ocorrer novamente e, ainda, definir a quantia de tal forma que seu arbitramento não cause enriquecimento sem causa à parte lesada. Nesse sentido entendo por manter a fixação realizada pelo magistrado singular. (...)* (REsp 1109303/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 05/08/2009)

Ao concreto, demonstrada a abusividade do ato praticado pelo demandado, levando em conta: as condições econômicas e sociais do ofendido e do agressor, a gravidade potencial da falta cometida, o caráter coercitivo e pedagógico da indenização, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e que a reparação não pode servir de causa a enriquecimento injustificado, impõe-se a manutenção do montante indenizatório em R$ 10.000,00 (dez mil reais), *quantum* que se revela condizente com as peculiaridades do caso e em consonância com os parâmetros adotados por esta Egrégia Corte em situações análogas e pelo STJ.

Ex positis, nego provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 01 de abril de 2014.

***

1 *Ob. Cit.*, p.108/109

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0051851-85.2011.8.12.0001/50000 – Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – COMISSÃO DE CORRETAGEM – EXIGÊNCIA ABUSIVA DO CONSUMIDOR – AUSÊNCIA DE LIVRE CONTRATAÇÃO – VENDA CASADA – DEVOLUÇÃO DEVIDA – SENTENÇA MANTIDA – REGIMENTAL QUE NÃO ACRESCENTA NENHUM ELEMENTO COM CONDÃO DE MODIFICAR ENTENDIMENTO EXARADO NA DECISÃO MONOCRÁTICA – RECURSO IMPROVIDO.

Não se aplica o disposto no art. 724 do Código Civil, uma vez que a contratação da imobiliária foi feita pela incorporadora, que impôs ao consumidor o pagamento da comissão.

In casu, o dever de indenizar é cabível para ambas as empresas recorrentes, em razão da solidariedade prevista no art. 25, § 1º do Código de de Defesa do Consumidor, porquanto a venda de unidade imobiliária condicionada ao pagamento da comissão de corretagem configura venda casada, prática expressamente vedada pelo art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor.

> *"O pagamento dos serviços de corretagem só pode ser exigido do comprador do imóvel quando ele livremente contrata o profissional. Verificando-se que a pessoa com interesse em adquirir uma unidade no empreendimento imobiliário ofertado não tem outra alternativa que não seja se dirigir ao espaço de vendas e ali tratar com os corretores de imobiliária específica, é indevida a cobrança da taxa. Quem deverá suportar efetivamente o pagamento da comissão de corretagem são as construtoras que contrataram tais serviços e deles se beneficiaram. Não se pode transferir essa responsabilidade ao consumidor, mormente quando nenhuma informação clara constou no contrato a respeito. (...)"* (TJ/MS, Apelação - Nº 0037970-41.2011.8.12.0001 – Rel. Des. Dorival Renato Pavan)

Regimental que não acrescenta nenhum elemento novo aos autos.

Agravo 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, 24 de junho de 2014.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

MB Engenharia SPE 042 S/A, Brookfield MB Empreendimentos Imobiliarios S/A interpõe recurso de Agravo Regimental em face da decisão monocrática de fls. 180/186 que, nos autos da ação de repetição

de indébito que promove em face de Flávio Luiz Piovesana Junior, m que este Relator manteve a sentença proferida pelo magistrado singular que julgou parcialmente a ação e decretou a extinção do feito com resolução de mérito, com fundamento no artigo 269, I do CPC, para o fim de condenar as requeridas, ora apelantes, na devolução de R$ 11.018,09 (onze mil e dezoito reais e nove centavos), de forma simples, em favor do requerente, cujo montante deverá ser acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação (art. 405, CC/2002 c/c art. 219, CPC) e correção monetária, com base no IGPM/FGV, a contar da data do desembolso do aludido valor.

Sustentam as empresas agravantes que não solicitaram pagamento da comissão de corretagem ao apelado pois, respondem tão somente pelo valor referente a aquisição do imóvel, não sendo destinatárias de valores pagos diretamente a terceiro, que atuou como intermediador do negócio jurídico celebrado de forma independente, sem qualquer relação com as agravantes.

Alegam que o agravado assinou contrato de prestação de serviço assumindo a responsabilidade no pagamento da comissão de corretagem diretamente a terceiro intermediador, efetuando assim, o pagamento diretamente a ele, conforme se depreende das provas dos autos.

Afirmam que não restam dúvidas de que as recorrentes não descumpriram com os ditames do Código de Defesa do Consumidor, bem como o recorrido tinha plena ciência da cobrança da comissão de corretagem realizada por terceiro intermediador.

Requer a retratação da decisão monocrática proferida, levando em consideração o erro de fato e a violação ao dispositivo de lei, apontadas na ação de repetição de indébito.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Trata-se de Agravo Regimental interposto por MB Engenharia SPE 042 S/A, Brookfield MB Empreendimentos Imobiliarios S/A em face da decisão monocrática de fls. 180/186 que, nos autos da ação de repetição de indébito que promove em face de Flávio Luiz Piovesana Junior, em que este Relator manteve a sentença proferida pelo magistrado singular que julgou parcialmente a ação e decretou a extinção do feito com resolução de mérito, com fundamento no artigo 269, I, do CPC, para o fim de condenar as requeridas, ora apelantes, na devolução de R$ 11.018,09 (onze mil e dezoito reais e nove centavos), de forma simples, em favor do requerente, cujo montante deverá ser acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação (art. 405, CC/2002 c/c art. 219, CPC) e correção monetária, com base no IGPM/FGV, a contar da data do desembolso do aludido valor.

Sustentam as empresas agravantes que não solicitaram pagamento da comissão de corretagem ao apelado pois, respondem tão somente pelo valor referente a aquisição do imóvel, não sendo destinatárias de valores pagos diretamente a terceiro, que atuou como intermediador do negócio jurídico celebrado de forma independente, sem qualquer relação com as agravantes.

Alegam que o agravado assinou contrato de prestação de serviço assumindo a responsabilidade no pagamento da comissão de corretagem diretamente a terceiro intermediador, efetuando assim, o pagamento diretamente a ele, conforme se depreende das provas dos autos.

Afirmam que não restam dúvidas de que as recorrentes não descumpriram com os ditames do Código de Defesa do Consumidor, bem como o recorrido tinha plena ciência da cobrança da comissão de corretagem realizada por terceiro intermediador.

Requer a retratação da decisão monocrática proferida, levando em consideração o erro de fato e a violação ao dispositivo de lei, apontadas na ação de repetição de indébito.

É a síntese do necessário. Passo à análise.

Trata-se de Agravo Regimental em Apelação Cível interposto por MB Engenharia SPE 042 S/A, Brookfield MB Empreendimentos nos autos da ação de repetição de indébito em que este Relator manteve a sentença proferida pelo magistrado singular que julgou parcialmente a ação e decretou a extinção do feito com resolução de mérito, com fundamento no artigo 269, I, do CPC, para o fim de condenar as requeridas, ora apelantes, na devolução de R$ 11.018,09 (onze mil e dezoito reais e nove centavos), de forma simples, em favor do requerente, cujo montante deverá ser acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação (art. 405, CC/2002 c/c art. 219, CPC) e correção monetária, com base no IGPM/FGV, a contar da data do desembolso do aludido valor.

O presente agravo regimental traz o pedido de nova análise das matérias anteriormente verificadas na ocasião do apelo, onde ambas as recorrentes alegam não serem responsáveis pela restituição do valor pago pelo agravado a título de comissão de corretagem, uma vez que este pagou tal valor diretamente a terceiro, restando evidente a concordância do agravado, razão pela qual a restituição de indébito há de ser revogada.

Pois bem, analisando novamente toda a questão que envolve a demanda, tenho que não há razão nas alegações dos agravantes, isso porque o dever de indenizar é cabível para ambas as empresas recorrentes, em razão da solidariedade prevista no art. 25, § 1º do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a venda de unidade imobiliária condicionada ao pagamento da comissão de corretagem configura venda casada, prática expressamente vedada pelo art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor.

No caso em tela, verifica-se que não houve o livre consentimento do consumidor, ora agravado, pois o serviço de intermediação fora imposto de maneira unilateral pelas recorrentes, ou seja, não foi oportunizada aos recorridos a possibilidade de aceitar ou não o serviço de corretagem, uma vez que qualquer pessoa que tenha interesse em adquirir um empreendimento imobiliário ofertado pelas recorrentes é obrigada a se valer da intermediação, pois ao se dirigir ao estande do empreendimento, é atendida pelo corretor da imobiliária Mgarzon Eugenio Empreendimentos Imobiliários, não havendo, dessa forma, outra escolha a não ser se valer desse serviço, o que, a meu ver, essa imposição é abusiva e ilegal, por violar o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, II).

Dessa forma, tendo a contratação da imobiliária sido feita pela incorporadora, não há como imputar aos consumidores o pagamento da comissão. Outrossim, vale acrescentar que não houve uma aproximação entre as partes promovida pelo corretor, mas, sim, a representação da Incorporadora pela imobiliária, a qual vende diretamente os imóveis em seu favor.

Dessa forma, não há prestação de serviço diretamente ao consumidor que justifique a contraprestação, revelando-se abusiva e, consequentemente, nula, nos termos do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, a cobrança a título de taxa de corretagem.

Feito esses esclarecimentos, tenho que a parte agravante não apresentou razões diversas, senão àquelas expostas nas razões da apelação cível, acrescentando apenas julgados anteriores ao entendimento adotado na decisão guerreada e confrontantes ao entendimento adotado por esta Eg. Corte de Justiça, bem como pela Corte Superior de Justiça, que não estão em consonância com a atual realidade do Judiciário no tocante às ações revisionais e consignatórias de contratos bancários.

Sendo assim, 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, *in verbis*:

> *"O presente recurso revela-se manifestamente admissível, 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 nº 45/04 no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.*
>
> *1- Da ilegitimidade passiva*
>
> *As apelantes sustentam que não podem ser responsabilizadas pela devolução de quantia que não lhes foi entregue, bem como não podem restituir o valor pago à título de corretagem pois, não receberam quaisquer valores relativos à tais prestações de serviços, de forma que a restituição de valores cumpre tão somente à corretora de imóveis.*
>
> *Cada qual das requeridas sustenta que não é responsável pela prestação do serviço, tampouco pela cobrança e recebimento do valor referido. A preliminar não prospera. Explico.*
>
> *Sobre o tema em debate o art. 265 do Código Civil, assim dispõe, in verbis:*
>
> *"A solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes."*
>
> *Na hipótese, contudo, é inequívoca a existência de relação de consumo, sendo então a solidariedade decorrente da lei, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, que prevê:*
>
> *"Art. 7º (...)*
>
> *Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo."*
>
> *E ainda,*
>
> *"Art. 25. (...)*
>
> *§ 1° Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores."*
>
> *Frisa-se que a parte autora objetiva a devolução do valor pago pela corretagem, sendo que as requeridas/recorridas participaram ativamente da negociação, sendo ambas responsáveis pelo contrato firmado, em especial no que concerne à comissão de corretagem, razão pela qual não há falar em ilegitimidade de pólo passivo na presente demanda.*
>
> *Mérito*
>
> *No tocante ao dever de restituição concedido pelo sentenciante e guerreado pelas apelantes, importante ressaltar que o pagamento dos serviços de corretagem só pode ser exigido do comprador do imóvel quando ele livremente contrata o profissional, ou quando há livre negociação entre as partes.*
>
> *O pagamento dos serviços de corretagem só pode ser exigido do comprador do imóvel quando ele contrata profissional por sua própria vontade, ou seja, de forma livre.*

No caso caso em exame, analisando toda documentação e provas anexadas aos autos não houve o livre consentimento dos consumidor, haja vista que o serviço de intermediação fora imposto de maneira unilateral pelas recorrentes. Veja-se entendimento do magistrado neste sentido, fls.149(verso), in verbis:

"(...) Não há prova nos autos de que o requerente tenha contratado a prestação dos serviços da terceira requerida ou tenha negociado com esta. Pelo contrário, restou demonstrado que não havia outra forma de o requerente adquirir o imóvel, senão sujeitando-se ao atendimento pelos corretores disponibilizados pela terceira requerida, a serviço das demais requeridas.

Em outras palavras, quem contratou os serviços dos corretores da terceira

requerida foram as demais requeridas, para a venda dos seus imóveis, de tal sorte que não pode se imputar ao requerente o pagamento da corretagem.

A inclusão da obrigação deste pelo pagamento dos honorários viola o princípio da boa-fé negocial, na medida em que não havia qualquer outro meio para aquisição do bem, senão aquele (...)". (grifei)

Da análise dos autos, é possível concluir que não foi oportunizado ao autor/recorrido qualquer possibilidade de aceitar ou não o serviço de corretagem, uma vez que qualquer pessoa que tenha interesse em adquirir um empreendimento imobiliário ofertado pelas apelantes é obrigada a se valer da intermediação. Com efeito, em geral ao se dirigir ao estande do empreendimento, o comprador é atendido pelo corretor da imobiliária, não havendo, dessa forma, outra escolha a não ser se valer desse serviço, imposição esta abusiva e ilegal, por violar o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, II).

Assim, restando evidente que a contratação da imobiliária foi feita exclusivamente pela incorporadora, não há como imputar à consumidora o pagamento da comissão.

Ademais, acrescente-se que não houve uma aproximação entre as partes promovida pelo corretor, mas sim a representação da Incorporadora pela imobiliária, a qual vende diretamente os imóveis em seu favor.

Da leitura da cláusula supra resulta evidente que os corretores ou a empresa corretora são prepostos conveniados à vendedora/incorporadora que atuam dentro e diretamente em seu empreendimento, sendo responsáveis, por sua delegação, pela venda das unidades imobiliárias, cujo serviço é imposto ao cliente/consumidor, inexistindo qualquer liberdade deste na contratação, e o valor da comissão de corretagem é pago pelo adquirente sem possibilidade de ajuste, vindo embutido no contrato.

Dessa forma, não há prestação de serviço diretamente ao consumidor que justifique a contraprestação, revelando-se abusiva e, consequentemente, nula, nos termos do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, a cobrança a título de taxa de corretagem.

Cumpre lembrar que, envolvendo relação de consumo, a contratação de serviços deve ser expressa, clara e ostensiva, não podendo ser deduzida a partir de documentos alusivos aos pagamentos efetuados, como alegam as recorridas.

Isso decorre do dever de informação, corolário da boa-fé objetiva, que orienta os padrões sociais de lisura, honestidade e correção e impõe novos paradigmas para a análise judicial de cláusulas contratuais.

Consoante exarou o STJ em recente julgado, "o direito à informação, considerado absoluto por Rizzato Nunes (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 5ª ed.

São Paulo : Saraiva, 2010. p. 708), nos termos delineados pelo Código de Defesa do Consumidor, decorre especialmente do princípio da transparência, consectário, por sua vez, da adoção da boa- fé objetiva e do dever anexo de prestar as informações necessárias à formação, desenvolvimento e conclusão do negócio jurídico entabulado entre as partes. Assim, a interpretação sistemática dos arts. 4º, 6º, 31, 46 e 54 do CDC leva-nos à conclusão de que, para se desincumbir de seus deveres mútuos de informação, os contratantes devem prestar todos os esclarecimentos, de forma correta, clara, precisa e ostensiva, a respeito dos elementos essenciais ao início da relação contratual. E mais, o cumprimento desse dever, até mesmo em consequência da objetividade da boa-fé, não toma em consideração a intenção do agente em ludibriar, omitir ou lesionar a parte contrária; o que se busca efetivamente é proteção dos contratantes" (REsp 1302738/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012). (grifei)

Neste mesmo sentido, trago à baila os seguintes julgados:

"APELAÇÕES CÍVEIS. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. TAXA DE CORRETAGEM. COBRANÇA INDEVIDA. DEVOLUÇÃO DE FORMA SIMPLES. RECURSOS IMPROVIDOS.

I) O pagamento dos serviços de corretagem só pode ser exigido do comprador do imóvel quando ele livremente contrata o profissional. Verificando-se que a pessoa com interesse em adquirir uma unidade no empreendimento imobiliário ofertado não tem outra alternativa que não seja se dirigir ao espaço de vendas e ali tratar com os corretores de imobiliária específica, é indevida a cobrança da taxa. Quem deverá suportar efetivamente o pagamento da comissão de corretagem são as construtoras que contrataram tais serviços e deles se beneficiaram. Não se pode transferir essa responsabilidade ao consumidor, mormente quando nenhuma informação clara constou no contrato a respeito.

III) Não evidenciada má-fé ou dolo na cobrança da taxa de corretagem, a restituição deve se efetivar de forma simples e não em dobro.

IV) Recursos improvidos". (TJ/MS, 4ª Câmara Cível, Apelação - Nº 0037970-41.2011.8.12.0001 - Campo Grande, Relator – Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan, J: 15/10/2013)

"AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES REFERENTES A TAXA DE CORRETAGEM C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – DECISÃO EM CONFRONTO COM ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR – PROMESSA DE COMPRA E VENDA – HONORÁRIOS DE CORRETAGEM – OBRIGAÇÃO IMPUTADA AO COMPRADOR SEM EXPRESSA CONTRATAÇÃO – CONDUTA ABUSIVA – RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO – RECURSO IMPROVIDO.

*O art. 557, caput, do Código de Processo Civil, autoriza o relator a negar seguimento ou dar provimento singularmente, ao recurso manifestamente improcedente, não exigindo que a jurisprudência sobre a matéria esteja pacificada no respectivo Tribunal ou nos Tribunais Superiores, bem como sumulada. A comissão de corretagem só pode ser exigida do comprador do imóvel quando ele livremente contrata o profissional, ou quando há livre negociação entre as partes, caso contrário, a sua cobrança é considerada abusiva, implicando na restituição do valor pago por aquele." (*TJMS - Agravo Regimental - Nº 0041930-05.2011.8.12.0001/50000 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro – Julgamento: 12/03/2013 – Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível) (grifei)

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – PROMESSA DE COMPRA E VENDA – COMISSÃO

DE CORRETAGEM – OBRIGAÇÃO IMPUTADA AO COMPRADOR SEM EXPRESSA CONTRATAÇÃO – CONDUTA ABUSIVA – REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO – RECURSO PROVIDO.

O pagamento dos serviços de corretagem só pode ser exigido do comprador do imóvel quando ele contrata o profissional ou quando há negociação entre as partes. Ademais, envolvendo relação de consumo, a contratação de serviços deve ser expressa, clara e ostensiva, não podendo ser deduzida a partir de documentos alusivos aos pagamentos efetuados pelo consumidor.

Nada obsta que as partes convencionem que o pagamento da comissão de corretagem fique a encargo do comprador, nos termos do artigo 724 do Código Civil. Porém, é necessário haver ajuste nesse sentido e, se o negócio envolver relação de consumo, tal entabulação deve ocorrer nos moldes estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor. A devolução de valor desembolsado pelo consumidor, nesses casos, deve ser feita em dobro, nos termos do parágrafo único, do art. 42, do CDC, porquanto completamente injustificada a cobrança à míngua de expressa contratação." (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.015463-0 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Julgamento: 05/06/2012 – Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível) (grifei)

Nesse sentido, é o entendimento da Eg. Primeira Câmara Cível, da qual faço parte:

"Constatado que os serviços de intermediação imobiliária da Mgarzon Eugênio foram contratados pela vendedora MB Engenharia e pela gestora Brookfield, a transferência do ônus do pagamento da comissão de corretagem ao consumidor se mostra ilegal e abusiva, por consistir em transferência indevida de custo do empreendimento e, por este motivo, o valor respectivo deverá ser ressarcido aos apelados, de forma solidária por ambas as apelantes." (Apelação - Nº 0040259-44.2011.8.12.0001 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran – Julgamento: 06/03/2013 – Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível) (grifei)

Ratifica-se que o dever de ressarcimento exsurge para as apelantes, em razão da solidariedade prevista no art. 25, § 1º do Código de de Defesa do Consumidor, porquanto a venda de unidade imobiliária condicionada ao pagamento da comissão de corretagem configura venda casada, prática expressamente vedada pelo art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, imperioso seja mantida a sentença pelos seus próprios termos e fundamentos, uma vez que encontra-se em total consenso com as normas previstas em nosso ordenamento jurídico e na jurisprudência consolidada nesta Corte de Justiça, bem como na Corte Superior de nosso país.

Assim, face o exposto, com fundamento no caput do art. 557 do CPC, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

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 do direito invocado.

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. Divoncir Schreiner Maran

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, 24 de junho de 2014.

***

3ª Seção Cível
Embargos Infringentes n. 0300086-40.2009.8.12.0011/50001 - Coxim
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DPVAT – LESÃO PARCIAL E PERMANENTE – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – PROPORCIONALIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

De acordo com o entendimento adotado pelo STJ quando do julgamento do recurso representativo da controvérsia (REsp n. 1.246.432/RS), quando da fixação da indenização do seguro obrigatório DPVAT, é necessário levar em consideração a proporcionalidade da lesão em caso de invalidez permanente.

É válida a utilização de tabela para redução proporcional da indenização a ser paga por seguro DPVAT, em situações de invalidez parcial.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 19 de maio de 2014.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

João Batista de Oliveira interpõe Embargos Infringentes em face do acórdão da lavra da E. 5ª Câmara Cível que, por maioria, deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A para o fim de reformar a sentença e condenar a requerida a pagar a indenização no valor de R$ 5.670,00 (cinco mil seiscentos e setenta reais), deduzindo-se o valor recebido administrativamente (R$ 1.687,00).

Sustenta em síntese que deve prevalecer o voto minoritário com relação ao *quantum* indenizatório pois, como sofreu acidente de trânsito em 18.05.2007, não se enquadra no pagamento proporcional do seguro DPVAT.

Afirma que a embargada deve ser condenada ao pagamento da indenização integral prevista no art. 3º da Lei 6.194/74 e o valor da indenização do seguro obrigatório DPVAT deve obedecer ao patamar de R$ 13.500,00.

Requer sejam os presentes Embargos Infringentes providos a fim de "*prevalecer o voto divergente proferido pelo Senhor Desembargador Sideni Soncini Pimentel (Vogal) no julgamento da Apelação,*

devendo o valor da condenação ser fixado no quantum máximo estabelecido pelo inciso II do Art. 3º da Lei n. 6194/74, Lei essa vigente no pais à época da ocorrência do sinistro". (f. 345)

Em contrarrazões, a embargada pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Trata-se de Embargos Infringentes interpostos por João Batista de Oliveira em face do acórdão da lavra da E. 5ª Câmara Cível que, por maioria, deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A para o fim de reformar a sentença e condenar a requerida a pagar a indenização no valor de R$ 5.670,00 (cinco mil seiscentos e setenta reais), deduzindo-se o valor recebido administrativamente (R$ 1.687,00).

Sustenta em síntese que deve prevalecer o voto minoritário com relação ao *quantum* indenizatório pois, como sofreu acidente de trânsito em 18.05.2007, não se enquadra no pagamento proporcional do seguro DPVAT.

Afirma que a embargada deve ser condenada ao pagamento da indenização integral prevista no art. 3º da Lei 6.194/74 e o valor da indenização do seguro obrigatório DPVAT deve obedecer ao patamar de R$ 13.500,00.

Requer sejam os presentes Embargos Infringentes providos a fim de "*prevalecer o voto divergente proferido pelo Senhor Desembargador Sideni Soncini Pimentel (Vogal) no julgamento da Apelação, devendo o valor da condenação ser fixado no quantum máximo estabelecido pelo inciso II do Art. 3º da Lei n. 6194/74, Lei essa vigente no pais à época da ocorrência do sinistro*". (f. 345)

Em contrarrazões, a embargada pugna pelo improvimento do recurso.

Pois bem.

A controvérsia posta à apreciação deste Egrégio Tribunal circunscreve-se à quantificação da indenização do seguro obrigatório (DPVAT) nas hipóteses de invalidez parcial de membro, invalidez essa que se verifica em caráter permanente. No caso, o embargante possue sequela permanente da função da perna esquerda com déficit para andar e, segundo a perícia, *"é portador de sequela já instalada com perda parcial e definitiva da função do tornozelo e pé esquerdo em 60%" (fls. 174/175)*

Indaga-se se em tal hipótese, muito recorrente por sinal, o valor da indenização deve ser proporcional à extensão da lesão sofrida ou se tal extensão e grau de comprometimento do membro é irrelevante para fins de fixação do valor indenizável.

A solução para o problema que ora se apresenta reside na análise da lei que regulamenta o seguro DPVAT, Lei n. 6.194/74, a qual, por sua vez, vem sofrendo diversas mudanças desde a sua publicação original.

Por isso, com fito de proporcionar um boa prestação jurisdicional, necessário expor breves considerações a respeito dessa evolução legislativa.

No tocante ao valor da indenização, questão que se apresenta controvertida e que interessa ao caso em comento, referida lei, inicialmente, assim dispôs:

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

Mas já em sua redação originária, fato que não vinha sendo observado por este relator, o artigo 5º, § 5º, da mesma Lei 6.194/74, já estabelecia:

> *"Art. 5º O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.*
>
> *(...)*
>
> *§ 5º O instituto médico legal da jurisdição do acidente também quantificará as lesões físicas ou psíquicas permanentes para fins de seguro previsto nesta lei, em laudo complementar, no prazo médio de noventa dias do evento, de acordo com os percentuais da tabela das condições gerais de seguro de acidente suplementada, nas restrições e omissões desta, pela tabela de acidentes do trabalho e da classificação internacional das doenças.*

Após a superveniência da Medida Provisória n. 340, de 29 de dezembro de 2006, o mesmo dispositivo legal, em seu *caput*, que foi convertida na Lei 11.482, de 31 de março de 2007, passou a vigorar com o seguinte teor:

> *"Art. 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2o desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada:*
>
> *I - R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte;*
>
> *II - até R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de invalidez permanente;*
>
> *III - até R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) - como reembolso à vítima - no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas."*

Nessa oportunidade, o artigo 5º, § 5º, da lei em referência, não sofreu alteração redacional ou de conteúdo.

A última alteração legislativa ocorreu em 15 dezembro de 2008, por meio da edição da Medida Provisória n. 451, convertida na Lei n. 11.945, de 04 de junho de 2009, trazendo nova redação aos arts. 3º e 5º da Lei n. 6.194/74:

> *"Art. 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2o desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada:*

I - R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte;

II - até R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de invalidez permanente;

III - até R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) - como reembolso à vítima - no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas.

§ 1º No caso da cobertura de que trata o inciso II do caput deste artigo, deverão ser enquadradas na tabela anexa a esta Lei as lesões diretamente decorrentes de acidente e que não sejam suscetíveis de amenização proporcionada por qualquer medida terapêutica, classificando-se a invalidez permanente como total ou parcial, subdividindo-se a invalidez permanente parcial em completa e incompleta, conforme a extensão das perdas anatômicas ou funcionais, observado o disposto abaixo:

I - quando se tratar de invalidez permanente parcial completa, a perda anatômica ou funcional será diretamente enquadrada em um dos segmentos orgânicos ou corporais previstos na tabela anexa, correspondendo a indenização ao valor resultante da aplicação do percentual ali estabelecido ao valor máximo da cobertura; e

II - quando se tratar de invalidez permanente parcial incompleta, será efetuado o enquadramento da perda anatômica ou funcional na forma prevista no inciso I deste parágrafo, procedendo-se, em seguida, à redução proporcional da indenização que corresponderá a 75% (setenta e cinco por cento) para as perdas de repercussão intensa, 50% (cinquenta por cento) para as de média repercussão, 25% (vinte e cinco por cento) para as de leve repercussão, adotando-se ainda o percentual de 10% (dez por cento), nos casos de seqüelas residuais.

§ 2º Assegura-se à vítima o reembolso, no valor de até R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), previsto no inciso III do caput deste artigo, de despesas médico-hospitalares, desde que devidamente comprovadas, efetuadas pela rede credenciada junto ao Sistema Único de Saúde, quando em caráter privado, vedada a cessão de direitos.

§ 3º As despesas de que trata o § 2o deste artigo em nenhuma hipótese poderão ser reembolsadas quando o atendimento for realizado pelo SUS, sob pena de descredenciamento do estabelecimento de saúde do SUS, sem prejuízo das demais penalidades previstas em lei."

"Art. 5º (...)

§ 5º O Instituto Médico Legal da jurisdição do acidente ou da residência da vítima deverá fornecer, no prazo de até 90 (noventa) dias, laudo à vítima com a verificação da existência e quantificação das lesões permanentes, totais ou parciais."

Independentemente das demais considerações que estou expondo, deve-se ressaltar que a norma a ser aplicada em cada caso concreto estará sempre vinculada com a data do sinistro que deu ensejo à demanda.

Isso decorre da observância ao princípio do *tempus regit actum*, segundo o qual o fato deve ser regido pela lei vigente ao tempo da sua prática, conquanto a lei nova deve regular os atos futuros, preservando-se as situações jurídicas já consumadas sob o império da lei revogada.

Contudo, pelos fundamentos que passo a expor, o pensamento anterior que eu vinha desenvolvendo no sentido de negar a aplicação das tabelas editadas pela SUSEP ou pelo CNSP, deve ser revisto, para adotar uma outra linha de argumento e conclusão.

Esse posicionamento, que inclusive vinha sendo por mim adotado até agora, advém da idéia de que, muito embora a lei tenha querido, não estaria oferecendo, antes da Medida Provisória n. 451/08, subsídio ao julgador para promover a valoração da fixação da indenização em conformidade com a extensão da lesão, pelo que não seria lícito permitir que a valoração do dano indenizável ficasse submetida às tabelas editadas pelos órgãos que controlam o sistema securitário brasileiro.

Mas era - e sempre foi - indiscutível que o norte dado pelo legislador desde o início foi o de balizar a indenização do seguro DPVAT segundo a extensão do dano provocado à pessoa. Tanto assim que, desde a primeira edição da Lei n. 6.194/74, foi empregado o termo "até", indicando, com isso, uma margem a ser preenchida de acordo com cada caso e a respectiva medida da lesão.

Esse aspecto é que deu origem ao dissenso jurisprudencial existente em torno do tema, pois há o entendimento quase que consolidado que não há como conceber o uso de tabelas não criadas pela lei, que, não raras vezes, são elaboradas e administradas por organismos vinculados às próprias companhias de seguro. Nem mesmo o Conselho Nacional de Seguro Privado (CNSP), por se valer de norma de hierarquia inferior à da lei, poderia instituir critérios de gradação para sopesar o valor indenizatório estabelecido em lei ordinária.

No entanto, a meu ver, outra deve ser a orientação a ser adotada, mormente em razão do reiterado e recente entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça e até mesmo das mais recentes decisões desta Corte.

Com efeito, essa nova interpretação da lei é o entendimento que vem sendo sufragado, por exemplo, em julgados recentes deste Tribunal, senão vejamos:

> *"Demonstrada a invalidez parcial da vítima, o valor de cobertura do seguro obrigatório DPVAT deve ser proporcional à lesão sofrida, em conformidade com a tabela emitida pela SUSEP* (Circular nº 29/91)." (Apelação Cível – Sumário – n. 2010.015982-3/0000-00 – Campo Grande – Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves – j. 27.7.2011)
>
> *"AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) – INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL À EXTENSÃO DO DANO SOFRIDO PELA VÍTIMA, AFERÍVEL POR PERÍCIA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 3º, ALÍNEAS "a" e "b" E ARTIGO 5º, § 5º, DA LEI 6.194/74 E ALTERAÇÕES POSTERIORES – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IGPM – RECURSO DO AUTOR EM PARTE PROVIDO.*
>
> *I) A indenização do seguro DPVAT, em seu valor máximo, está reservada para casos extremos, não podendo ser a mesma para os casos de morte e para aqueles em que há comprometimento de membro, em determinada extensão, donde resultar espaço para o juiz deliberar sobre qual o valor a ser imposto, em decorrência da extensão do dano sofrido.*
>
> *II) Por outras palavras, não haveria sentido útil na letra da lei sobre a indicação da quantificação das lesões e percentuais da tabela para fins de DPVAT, se este seguro houvesse, sempre, de ser pago pelo valor integral, independentemente da extensão do grau de invalidez experimentado pela vítima.*
>
> *III) Assim, em caso de invalidez parcial permanente, o pagamento do seguro DPVAT deve, por igual, observar a respectiva proporcionalidade. Esta há de corresponder, em tal caso, ao grau de invalidez encontrado na prova dos autos.*
>
> *IV) O IGPM deve ser adotado como fator de correção, eis que "é o índice que melhor reflete a variação do poder aquisitivo da moeda num determinado período, donde não se justifica a sua substituição pelo INPC".* (TJMS. AC 2001.008194-6)

> *V) Recurso a que se dá parcial provimento."* (Apelação Cível - Sumário - N. 2011.021233-1/0000-00 – Corumbá – Rel. Des. Dorival Renato Pavan – j. 26.7.2011)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO OBRIGATÓRIO DE DPVAT – INVALIDEZ PARCIAL E DEFINITIVA – INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL – HONORÁRIOS DE ADVOGADO – FIXADOS DENTRO DOS PARÂMETROS DO ART. 20 DO CPC – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *Dispondo a lei de regência que o valor indenizável, para o caso de invalidez permanente, era de até 40 (quarenta) salários mínimos vigentes, cabe ao julgador do feito fixar o quantum indenizatório, de acordo com as particularidades de cada caso.*
>
> *Não se considera irrisória a fixação da verba honorária, se feita dentro dos parâmetros traçados pelo artigo 20 do Código de Processo Civil."* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.020554-9/0000-00 - Campo Grande – Rel. Des. Josué de Oliveira – j. 26.7.2011)

Ratificando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, deixou assentado que:

> *"DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. DPVAT. INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL. POSSIBILIDADE.*
>
> *1. É válida a utilização de tabela para redução proporcional da indenização a ser paga por seguro DPVAT, em situações de invalidez parcial. Precedente (...)"* (REsp 1101572/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/11/2010, Dje 25/11/2010).
>
> *"CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. DPVAT. INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL. PAGAMENTO PROPORCIONAL DO SEGURO. POSSIBILIDADE. TABELA PARA CÁLCULO DE INVALIDEZ. SALÁRIO MÍNIMO. EQUIVALÊNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO.*
>
> *I. Em caso de invalidez parcial, o pagamento do seguro DPVAT deve, por igual, observar a respectiva proporcionalidade.*
>
> *II. A extensão da lesão e grau de invalidez determinado pela Corte local exige o reexame do conjunto fático-probatório dos autos (...)"* (REsp 1119614/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 31/08/2009 RSTJ vol. 216, p. 537)

Logo, a aplicação correta da aludida tabela e o pagamento da indenização em consonância com os parâmetros da Lei 6.194/74 são questões a serem verificadas caso a caso, pois se a norma estipula uma cobertura máxima para os casos de invalidez permanente, é porque admite pagamento em valor inferior. A lei não contém palavras inúteis.

Por fim, a questão do pagamento da indenização de acordo com o grau de invalidez sofrido pela vítima restou superada pelo julgamento do recurso paradigma n.º 1.246.432/RS pelo Superior Tribunal de Justiça, que pacificou que "*a indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial permanente do beneficiário, será paga de forma proporciona"*, *conforme se vê:*

> *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. JULGAMENTO NOS MOLDES DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DPVAT. SEGURO OBRIGATÓRIO. INVALIDEZ PARCIAL. INDENIZAÇÃO A SER FIXADA DE ACORDO COM A PROPORCIONALIDADE DA INVALIDEZ. SÚMULA N.º 474/STJ.*

> *1. Para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil: A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial permanente do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez* (Súmula n.º 474/STJ).
>
> *2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.* (REsp 1246432/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 27/05/2013)

Por isso, a indenização pretendida pela parte autora não pode ser paga pelo teto previsto legalmente, mas proporcional ao seu grau de invalidez, e da prova pericial produzida nos autos constou-se a incapacidade parcial permanente do embargante correspondendo a 60%, como bem observado pelo relator do aresto embargado, acompanhado pelo e. Revisor.

Assim, há que se considerar que o Conselho Nacional de Seguros Privados, ao disciplinar sobre a invalidez permanente que justifica uma indenização, remete à tabela da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP que aprova normas para o seguro de acidentes pessoais (Circular SUSEP n. 29/1991).

O art. 5º da referida Circular apresenta uma tabela com a discriminação das lesões sofridas por vítimas de acidente de trânsito e o respectivo percentual da indenização devida.

No caso em exame, verifica-se que o autor tem direito ao recebimento de 60% sobre 70% de R$ 13.500,00, uma vez que a sua lesão está elencada expressamente na referida tabela, tendo, portanto, direito ao recebimento de R$ 5.670,00, consoante raciocínio desenvolvido pelo voto vencedor.

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. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Josué de Oliveira.

Campo Grande, 19 de maio de 2014.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4009979-54.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – ICMS – ENTIDADE E ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS – FRANQUIA DOS CORREIOS – SERVIÇO NÃO DIRETAMENTE RELACIONADO COM OS OBJETIVOS INSTITUCIONAIS – INAPLICABILIDADE DA IMUNIDADE DO ART 150, VI, "C", DA CF – SEGURANÇA DENEGADA.

No caso, a entidade impetrante não é consumidora final/contribuinte de fato e, sim, franqueada/fornecedora de serviço dos Correios, em razão da qual exerce atividade econômica sem relação com seus trabalhos na área de assistência social, ainda que todos o resultados das vendas sejam revertidos em prol das suas atividades essenciais.

A imunidade pretendida pela Impetrante não pode ser concedida, uma vez que a atividade econômica de franqueada dos Correios foge totalmente dos fins institucionais da Impetrante, quais sejam, realizar ações que visem a apoiar a pessoa com deficiência.

Ordem denegada.

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 contra o parecer. Ausente, por férias, o 2º Vogal.

Campo Grande, 16 de junho de 2014.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Associação Pestalozzi de Campo Grande, qualificada nos autos, impetra o presente Mandado de Segurança em face de ato acoimado de ilegal praticado pelo Secretário de Estado da Fazenda de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento de seu pedido de imunidade tributária, sob o argumento de que apenas o IPVA e o ITCD, por incidirem sobre bens patrimoniais, se enquadram no conceito de impostos sobre o patrimônio, a renda e serviços, sendo alcançados, portanto, pela imunidade tributária. Entendeu-se que a imunidade não alcança o ICMS.

Sustenta em síntese que entrou em disputa para abrir uma franquia dos Correios e, após regular processo licitatório, tornou-se franqueada da ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, cuja renda é integralmente revertida aos fins institucionais da impetrante.

Alega que:

> *"Não tem fins econômicos nem lucrativos e não distribui resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela de seu patrimônio, sob nenhuma forma ou pretexto. A Impetrante não remunera os membros de sua diretoria, dos seus Conselhos Fiscal, Técnico e Programa de Voluntário, pelo exercício específico de suas funções, não distribui lucro, vantagens nem bonificações a dirigentes, associados contribuintes, mantenedores, instituidores, benfeitores ou equivalente, aplicando, então, INTEGRALMENTE suas rendas, recursos e eventuais resultados operacionais na manutenção e desenvolvimento dos objetivos institucionais no território nacional" (fl. 05).*

Afirma que no processo administrativo onde formulou o requerimento que acabou sendo indeferido constam todas as provas pré-constituídas que atendem aos requisitos legais do artigo 14 do CTN para o reconhecimento da imunidade tributária. Outrossim, alega que *"a imunidade das entidades de assistência social não se submete ao critério de classificação dos impostos adotado no CTN, porquanto a imunidade tributária não atinge apenas o IPVA e o ITCD (que se enquadram no conceito de impostos sobre o patrimônio), a renda e os serviços estipulado no CTN, mas também atinge o ICMS incidente sobre a comercialização de bens dessas instituições"* (fl. 06).

Destaca que todos os resultados de eventuais vendas é revertido em prol das suas atividades básicas e essenciais, e que a cobrança desse imposto resultaria em um déficit de receita, afetando a eficiência da assistência social, que substitui o papel que deveria ser exercido pelo Estado.

Pugnou pela concessão de liminar, para que fosse suspenso o ato coator, *"assegurando à Impetrante o direito de gozar de imunidade tributária relativa ao ICMS nas operações que realizar através de sua franquia da ETC – Empresa Brasileira de Correios"* (fl. 13).

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 129/131.

A autoridade coatora prestou informações às f. 53/87, sustentando, em síntese, que não há ilegalidade no aventado ato coator, porquanto a parte final do § 4.º, do art. 150, da CF, exige que a imunidade tenha correlação com a finalidade essencial da entidade, e, no caso em epígrafe, a atividade com loja/franquia dos Correios não possui relação com a assistência social prestada pela Associação Pestalozzi de Campo Grande-MS. Posto isto, pugnou pela denegação da segurança.

A d. PGJ, em parecer de fls. 166/175, opinou pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Associação Pestalozzi de Campo Grande em face de ato acoimado de ilegal praticado pelo Secretário de Estado da Fazenda de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento de seu pedido de imunidade tributária, sob o argumento de que apenas o IPVA e o ITCD, por incidirem sobre bens patrimoniais, se enquadram no conceito de impostos sobre o patrimônio, a renda e serviços, sendo alcançados, portanto, pela imunidade tributária. Entendeu-se que a imunidade não alcança o ICMS.

Sustenta em síntese que entrou em disputa para abrir uma franquia dos Correios e, após regular processo licitatório, tornou-se franqueada da ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, cuja renda é integralmente revertida aos fins institucionais da impetrante.

Alega que:

> *"Não tem fins econômicos nem lucrativos e não distribui resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela de seu patrimônio, sob nenhuma forma ou pretexto. A Impetrante não remunera os membros de sua diretoria, dos seus Conselhos Fiscal, Técnico e Programa de Voluntário, pelo exercício específico de suas funções, não distribui lucro, vantagens nem bonificações a dirigentes, associados contribuintes, mantenedores, instituidores, benfeitores ou equivalente, aplicando, então, integralmente suas rendas, recursos e eventuais resultados operacionais na manutenção e desenvolvimento dos objetivos institucionais no território nacional" (fl. 05).*

Afirma que no processo administrativo onde formulou o requerimento que acabou sendo indeferido constam todas as provas pré-constituídas que atendem aos requisitos legais do artigo 14 do CTN para o reconhecimento da imunidade tributária. Outrossim, alega que *"a imunidade das entidades de assistência social não se submete ao critério de classificação dos impostos adotado no CTN, porquanto a imunidade tributária não atinge apenas o IPVA e o ITCD (que se enquadram no conceito de impostos sobre o patrimônio), a renda e os serviços estipulado no CTN, mas também atinge o ICMS incidente sobre a comercialização de bens dessas instituições"* (fl. 06).

Destaca que todos os resultados de eventuais vendas é revertido em prol das suas atividades básicas e essenciais, e que a cobrança desse imposto resultaria em um déficit de receita, afetando a eficiência da assistência social, que substitui o papel que deveria ser exercido pelo Estado.

Pugnou pela concessão de liminar, para que fosse suspenso o ato coator, *"assegurando à Impetrante o direito de gozar de imunidade tributária relativa ao ICMS nas operações que realizar através de sua franquia da ETC – Empresa Brasileira de Correios"* (fl. 13).

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 129/131.

A autoridade coatora prestou informações às f. 53/87, sustentando, em síntese, que não há ilegalidade no aventado ato coator, porquanto a parte final do § 4.º, do art. 150, da CF, exige que a imunidade tenha correlação com a finalidade essencial da entidade, e, no caso em epígrafe, a atividade com loja/franquia dos Correios não possui relação com a assistência social prestada pela Associação Pestalozzi de Campo Grande-MS. Posto isto, pugnou pela denegação da segurança.

A d. PGJ, em parecer de fls. 166/175, opinou pela concessão da segurança.

Pois bem.

No caso dos autos, pretende a impetrante Associação Pestalozzi de Campo Grande gozar o direito de imunidade tributária relativa ao ICMS nas operações que realizar através de sua franquia da ETC - Empresa Brasileira de Correios, cuja renda é integralmente revertida aos fins institucionais da impetrante.

Importante ressaltar, inicialmente, que a imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes para onerar, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações[1].

Segundo Eduardo Domingos Bottallo, quando a não-incidência decorre de expressa disposição constitucional, que vede ao legislador ordinário competente instituir determinado tributo, alcançando certa realidade ou pessoa, estamos diante da figura da imunidade. Neste caso, a vedação – por estar contida no

1 CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 2007. p. 695.

próprio texto da Lei Maior – apresenta-se como *'limitação do poder de tributar'* de que são titulares União, Estados, Distrito Federal e Municípios[2]

Pois bem, é sabido que a arguida imunidade vem amparada pela alínea "c", inciso VI, do artigo 150[3]da Constituição Federal, em que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

Os requisitos mencionados na Lei Maior são aqueles previstos no artigo 14 do Código Tributário Nacional que preceitua:

> *"Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:*
>
> *I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;*
>
> *II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;*
>
> *III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.*
>
> *§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.*
>
> *§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos". (g.n.)*

Importante trazer à baila, ainda, a redação do art. 150, da CF, com destaque para o seu §4º:

> *Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *(...)*
>
> *VI - instituir impostos sobre:*
>
> *c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas (b) e (c), compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.*

2 CARRAZA, Roque Antônio. Ob. cit. p. 695

3 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)
VI - instituir impostos sobre:
(...)
c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei"

Desta feita, necessária a demonstração de que a imunidade recai sobre as atividades relacionadas às finalidades essenciais da entidade (art. 150, § 4º, da CF).

Delimitadas, então, as exigências legais, extrai-se do estatuto acostado às f. 17/41 as seguintes informações relevantes:

> *"Art. 1º - A Associação Pestalozzi de Campo Grande – MS, com a sigla APCG – MS, fundada em quinze de maio de hum mil e novecentos e setenta e nove, é uma Associação Civil, filantrópica, sem fins lucrativos, de caráter educacional, cultural, de assistência social e saúde, filiada a Federação Nacional das Associações Pestalozzi – FENASP (...)*
>
> *Art. 3º – A Associação Pestalozzi de Campo Grande – MS, tem por finalidade propor, realizar e apoiar ações que visem a promoção da pessoa com deficiência, particularmente com deficiência metal e/ou transtorno neuromotor, e de suas famílias, por meio de políticas inclusivas. (g.n.)*

Tem-se por *'essenciais'* as finalidades indicadas no contrato ou estatuto social. Assim, tenho que a imunidade pretendida pela Impetrante não pode ser concedida, uma vez que a atividade econômica de fraqueada dos Correios foge totalmente dos fins institucionais da Impetrante, quais seja, realizar ações que visem a apoiar a pessoa com deficiência.

Explico:

Esclareço inicialmente que é indiscutível a imunidade para a aquisição de bens de uso exclusivo ou para o desenvolvimento de suas atividades fins. Contudo, repiso, que este não é o caso em análise.

No caso, a entidade impetrante não é consumidora final/contribuinte de fato e, sim, franqueada/fornecedora de serviço dos Correios, em razão da qual exerce atividade econômica sem relação com seus trabalhos na área de assistência social, ainda que todos o resultados das vendas sejam revertidos em prol das suas atividades essenciais.

Por oportuno, colaciono julgamentos de casos análogos, onde a entidade beneficiária pretende se ver imune ao ICMS incidente sobre atividade comercial não correlata à sua atividade fim:

> *ICMS. FARMÁCIA. SINDICATO. VENDA DE MEDICAMENTOS E OUTROS PRODUTOS A SEUS ASSOCIADOS. INAPLICABILIDADE DA IMUNIDADE DO ART 150, VI, "C", DA CF. Ao cobrar o ICMS o Estado não está tributando o patrimônio, renda ou serviços prestados pelo sindicato. As imunidades atinentes ao ICMS são as enumeradas no art 155, X, da CF. Revenda de medicamentos não se inclui entre as finalidades essenciais da entidade. Se fosse assim, todo sindicato teria farmácias. Ação improcedente. Recurso não provido.* (TJSP; APL 0446830-13.2010.8.26.0000; Ac. 4992644; Ribeirão Preto; Décima Câmara de Direito Público; Rel. Des. Urbano Ruiz; Julg. 28/02/2011; DJESP 11/04/2011)
>
> *I.C.M.S.. S.E.S.I.. IMUNIDADE FISCAL. ICMS. SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. NÃO GOZAM DE IMUNIDADE FISCAL OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS RELATIVAMENTE ÀS MERCADORIAS QUE COLOCAM EM CIRCULAÇÃO. A venda de sacolas econômicas, ainda que a preço de custo, não se inclui entre os serviços que presta o SESI e merecedores de imunidade tributária, pois representa comercialização de produtos e sujeita ao pagamento do imposto.* (TJRJ; AC 541/1995; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Murillo Fabregas; Julg. 23/05/1995)

Tenho, ainda, que todos os precedentes trazidos pela d. PGJ a fim de fundamentar o seu parecer concessivo, bem como a maioria dos precedentes trazidos pela impetrante, não se amoldam a realidade

fática destes autos já que tais precedentes estampam situações onde os bens tributáveis são adquiridos pela entidade (no caso, consumidora/contribuinte de fato) a fim de cumprir suas finalidades sociais.

Por fim, deve-se considerar que não há qualquer dúvida que quem paga e suporta o peso econômico financeiro do tributo é sempre o comprador das mercadorias ou serviços tributários, e não a empresa fornecedora do produto, a qual apenas repassa ao Estado o imposto que cobrou do comprador ou consumidor.

Assim, nos tributos indiretos – como é o ICMS – o único que suporta, efetivamente, o ônus econômico e financeiro do tributo é o contribuinte de fato, que, no caso, são os consumidores dos serviços prestados pela Franquia de Correios da impetrante, consumidores estes (contribuientes de fato) não beneficiários da imunidade tributária.

Desta forma, a entidade impetrante não pode ser imune ao seu recolhimento do ICMS visto que, no caso, não é a consumidora final do serviço, em verdade é ela a empresa fornecedora/franqueada da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, de forma que não é a responsável pelo tributo que atinge o patrimônio da franquia.

Assim, não obstante meu particular respeito e admiração pela entidade Impetrante, notadamente pela sua nobre política de assistência aos deficientes, hei por bem denegar a ordem pleiteada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. decisão contra o parecer. ausente, por férias, o 2º vogal.

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. Julizar Barbosa Trindade, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 16 de junho de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0053294-37.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS E MATERIAIS – CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA – COPROPRIETÁRIA DO IMÓVEL – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM VALOR RAZOÁVEL – CORREÇÃO MONETÁRIA – IGMP/FGV – RECURSO IMPROVIDO.

Com o falecimento do cônjuge, a autora é considerada sucessora, fazendo jus a uma quota da propriedade. Assim, estando a autora na posse do imóvel e tendo direito sucessório sobre ele, não justificativa a interrupção do fornecimento de água.

Sendo ilegítimo o corte de serviço essencial (água), devida se mostra a condenação da concessionária ao pagamento por danos morais.

Mantém-se o valor fixado a título de indenização por danos morais se o magistrado respeitou os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerou a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização.

O IGPM/FGV é indexador de atualização monetária que melhor reflete, dentro de um certo período de tempo, a variação do poder aquisitivo da moeda.

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, 1 de abril de 2014.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

Águas Guariroba S/A interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida nos autos da Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Materiais e Morais que lhe move Meg Aparecida Bernardo Leão que julgou parcialmente procedente os pedidos para obrigar a requerida a manter o fornecimento de água à residência da autora, bem como condenar a requerida a pagar à autora R$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de indenização por danos morais, com juros de mora de 1% ao mês e correção monetária com base no IGPM, ambos a contar da sentença.

Sustenta, em resumo, que: a) inexiste qualquer ato ilícito praticado pela concessionária, pois o consumo final da água foi realizado pelo coproprietário do imóvel; b) a apelada não apresentou documentos exigidos no Decreto Municipal nº 10.531/2008; c) nenhum dano foi causado à autora; d) o dano moral deve ser reduzido para os limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Requer o provimento do recurso para reformar em parte a sentença, a fim de afastar o pagamento da indenização, subsidiariamente, pela redução do *quantum*, bem como seja utilizado o INPC, como índice de atualização monetária.

Em contrarrazões, a apelada pugna pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira. (Relator)

Dos fatos

Constam dos autos que Meg Aparecida Bernardo Leão ajuizou Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais e Materiais em face de Águas Guariroba S/A, dizendo que a empresa/requerida, de forma abrupta e sem prévio aviso, teria interrompido o fornecimento de água em sua unidade consumidora, sob o argumento de que a autora não era proprietária do imóvel e que as faturas do imóvel constam em nome de pessoa falecida, Enelcides Bento da Silva.

Requereu o restabelecimento do fornecimento do serviço, bem como a condenação da requerida ao pagamento de danos materiais e morais.

Após regular processamento do feito, sobreveio a sentença que, julgou parcialmente procedente os pedidos para obrigar a requerida a manter o fornecimento de água à residência da autora, bem como condenar a requerida a pagar à autora R$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de indenização por danos morais, com juros de mora de 1% ao mês e correção monetária com base no IGPM, ambos a contar da sentença.

Mérito recursal

No presente caso, entendo que o magistrado singular deu adequada solução ao caso concreto, razão pela qual adoto os mesmos fundamentos expostos na sentença para decidir o presente recurso, *in verbis*:

> *"Da instrução processual, notadamente pelas certidões de f. 19 e 63, restou demonstrado que a autora, até março de 2010, residia com seu convivente Enelcides Bento da Silva Júnior, com seu filho, e com seu sogro Enelcides Bento da Silva em imóvel que pertencia a este, situado à Rua Padre Antônio Franco nº 1.818, Bairro Nova Lima, nesta Capital.*
>
> *Com o falecimento do sogro da requerente em 31 de março de 2010 (certidão de óbito juntado à f. 63), essa continuou a residir na referida casa com seu filho e convivente, sendo que este também veio a óbito meses depois, em 14 de agosto de 2010 (certidão de óbito acostada à f. 19), passando, então, a ali residir apenas com seu filho.*
>
> *Nos termos do documento de f. 59, os demais filhos do sogro da requerente, anterior proprietário do imóvel, em julho de 2012, objetivando que essa saísse do referido imóvel, tentaram lhe entregar uma notificação para que saísse do imóvel, havendo, ainda, um deles (Evando Nunes da Silva) promovido a suspensão do fornecimento de água no imóvel em que residia a requerente por meio de solicitação de consumo final do serviço (f. 96).*

Tendo a autora requerido o restabelecimento do fornecimento do serviço, essa não obteve êxito administrativamente.

Inicialmente, deve-se observar que com a morte do proprietário do imóvel em questão, Enelcides Bento da Silva, em 31 de março de 2010, abriu-se a sua sucessão e, consoante dispõe o princípio da saisine, consagrado no art. 1.784 do Código Civil, o domínio e posse de seus bens foram transmitidos imediatamente a seus herdeiros, independentemente de qualquer ato desses:

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Assim, com a morte do sogro da requerente, seu convivente e irmãos passaram a ser legítimos proprietários do imóvel em que reside a autora, sendo que com o falecimento posterior de seu companheiro, parte de tais direitos hereditários sobre a referida casa foram novamente transmitidos, sendo a autora e o filho de casal sucessores do de cujus (art. 1.790 e 1.799 do Código Civil).

Dos referidos fatos, deflui-se que a permanência da requerente e de seu convivente no referido imóvel após a morte de seu sogro e, posteriormente, a continuidade de moradia foi autorizada pelos demais proprietários por anos, havendo se configurado uma situação fática consolidada com a posse legítima do imóvel pela requerida.

Assim, a mencionada situação não poderia ser alterada pela simples notificação dos demais proprietários do imóvel para que ela dali saísse, nem por meio indiretos de coerção, como se deu com a suspensão de serviços essenciais à própria manutenção da vida, promovida pela ré a pedido de um dos herdeiros.

A perda da posse do imóvel pela autora somente pode ser discutida e pleiteada pelos herdeiros do falecido Enelcides Bento da Silva pelos meios legais destinados a tal fim. Caso entendessem configurada a existência de um conflito de interesses qualificado pela pretensão de tomar para si o imóvel em questão, a que resistia a autora, os demais filhos do de cujus somente poderiam buscar resolver a questão pelos meios legais cabíveis, notadamente no âmbito do inventário ou em ação própria.

Tendo o Estado tomado para si de forma exclusiva, salvo situação excepcionais, o poder de coerção, não poderiam os demais herdeiros se valer de mecanismos indiretos para pressionar a autora para desocupar o imóvel por eles pretendido.

Nesse mesmo sentido, a ré, concessionária de serviço público, não poderia ter suspendido o fornecimento de água da residência da autora, ciente de que essa ali residia, consoante comprova o documento de f. 59. A conduta da requerida ainda se agrava quando ela não restabeleceu o fornecimento após o esclarecimento dos fatos pela autora em sede administrativa, notadamente diante de seus direitos sucessórios e da consolidação da situação fática ali apresentada.

Deve-se ainda observar que a suspensão do serviço pela requerida em razão de pedido de um de seus coproprietários, bem como a negativa de restabelecimento em momento posterior, não se baseiam em qualquer norma legal, revelando-se igualmente arbitrária.

O fornecimento de água, tratando-se de serviço público essencial, tem como princípio jurídico norteador o da ***continuidade****, consoante disciplina o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, de modo que a interrupção do fornecimento do serviço apenas deve ser feita em hipóteses excepcionais previstas expressamente em lei.*

(...)

A alegação da requerida no sentido de que a legalidade de seu ato decorre da exigência do art. 63 do referido Decreto Municipal - que exige para a contratação do serviço de água a comprovação da propriedade, contrato de locação ou autorização do proprietário do imóvel - carece de fundamento, pois além de se tratar de requisito exigido para o início do fornecimento de água, e não à continuidade da prestação do serviço, a ré resistiu ao restabelecimento do fornecimento mesmo após a autora ter buscado esclarecer a situação fática configurada, notadamente o fato de ser também sucessora de coproprietário no imóvel.

Também não merece prosperar a sustentação da ré no sentido de que quem deu causa à suspensão e ao dano foi o filho do proprietário, não podendo responder pelo ato desse, pois, além de não haver restabelecido administrativamente o serviço após o pedido da autora e esclarecimento da situação, não tinha base legal para determinar e manter a interrupção do serviço.

Assim, diante da ilegalidade da suspensão do fornecimento de água ao imóvel em que reside a requerente, deve a tutela, anteriormente antecipada, ser confirmada para determinar o definitivo restabelecimento do serviço prestado pela ré."

É incontroverso nos autos que a requerida efetuou o corte no fornecimento de água na unidade consumidora da autora, sob o argumento de que a autora não era proprietária do imóvel e que as faturas do imóvel constam em nome de pessoa falecida, Enelcides Bento da Silva.

Entretanto, como bem destacado pelo magistrado singular, a autora residia no imóvel com seu esposo, Enelcides Bento da Silva Júnior (um dos proprietários do imóvel). Com o falecimento do seu esposo, a autora é considerada sucessora, fazendo jus a uma quota da propriedade.

Assim, estando a autora na posse do imóvel e tendo direito sucessório sobre ele, não justificativa a interrupção do fornecimento de água na propriedade da autora.

Desse modo, a ilegalidade do corte do fornecimento da água é inconteste, de sorte que o dano moral também o é, pela ilicitude do corte, que indubitavelmente causaram extremo desconforto e angústia à apelada. Todo o esforço da apelada de resolver administrativamente a questão restou infrutífero, pois somente com o ajuizamento desta ação foi restabelecido o fornecimento da água.

Diante disso, sendo ilegítimo o corte de serviço essencial (água), devida se mostra a condenação da concessionária ao pagamento por danos morais.

Do q*uantum* indenizatório

É cediço que, na fixação do *quantum* indenizatório, deve-se considerar as peculiaridades que envolvem cada pleito, respeitando, contudo, os princípios da razoabilidade e da moderação, para que não haja um enriquecimento sem causa ou uma inoperante repressão ao ofensor.

Na esteira desse raciocínio, a indenização por dano moral, segundo o entendimento doutrinário-jurisprudencial, deve levar em conta a situação econômica do ofensor e do próprio ofendido, para que o processo não se transforme em meio de enriquecimento indevido da vítima ou instrumento de vindita.

Neste sentido o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, baseado em decisão do STJ:

"(...) para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e eqüitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial

> *seja feito a partir de dois dados relevantes: a) o nível econômico do ofendido; e b) o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa".* (*in* Dano Moral, ed. Juarez de Oliveira, 4ª. ed. 2001, p. 37).

No caso concreto, a apelada, passou pelo constrangimento quando teve o corte da água em sua unidade consumidora.

Assim, observadas as circunstâncias particulares do caso, entre elas a gravidade do fato, que resultou em dor moral à autora, a culpabilidade da Empresa/requerida e a condição econômica das partes, entendo que a quantia fixada na sentença (R$ 8.000,00), é suficiente para aplacar os danos que foram causados à autora, sem caracterizar um enriquecimento ilícito desta, assim como é o bastante para coibir praticas semelhantes pela concessionária/requerida.

Correção monetária

A apelante pleiteia a utilização do INPC, como índice de atualização monetária.

O entendimento que predomina neste Tribunal é de que o IGPM/FGV é o índice que deve ser utilizado para a atualização de débitos de pessoas jurídicas de direito privado, revelando-se correta a decisão que o utiliza, no lugar do INPC, o qual é afeto à atualização de débitos da Fazenda Pública.

Nesse sentido é a jurisprudência consolidada do STF, *verbis*:

> *"(...) De ser mantido o IGPM/FGV como índice de correção monetária, por ser considerado o índice que melhor reflete a desvalorização da moeda e por ser constantemente aceito por este Tribunal.(...)."* (STF, AI 519.116/MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12.11.04).

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso da apelante, 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. Josué de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

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

Campo Grande, 01 de abril de 2014.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 0800082-16.2014.8.12.0028 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – TERMO DE PARALISAÇÃO DE ATIVIDADES DE MICROEMPRESA – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – PRELIMINAR REJEITADA – EXCESSO DE PODER – SEGURANÇA CONCEDIDA.

A ação mandamental é proposta em face da autoridade que praticou o ato acoimado ilegal, de modo que o que importa para aferir a legitimidade passiva *ad causam* em mandado de segurança é a competência da autoridade impetrada para desfazer o ato e não se ela, que acumula as funções de Secretário de Estado de Meio Ambiente, Ciência, Tecnologia e de Diretor-Presidente do Imasul, pertence a uma ou outra entidade estatal.

O ato combatido figura-se inadequado, desnecessário e desproporcional porque, além de não fomentar a iniciativa constitucional de garantia ao livre exercício de atividade econômica, prejudicou excessivamente a empresa que perdeu clientes e não honrou compromissos, não permitiu prazo mínimo de adequação para a impetrada e, ainda, além da aplicação da pena de multa pesada para o porte da empresa, suspendeu as atividades dela, sem que haja, em nenhum dos documentos, elementos que comprovem que o empreendimento desempenhasse atividades lesivas ao meio ambiente, pois a impetrante possui, inclusive, alvará de Localização e Funcionamento expedido pela Prefeitura Municipal de Bonito, ficando comprovado que não funcionava na informalidade.

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 maioria, rejeitar a preliminar e, no mérito, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 19 de maio de 2014.

Des. João Maria Lós – Presidente da 3ª Seção Cível

Relator em substituição

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

Marinalva de Oliveira Feitosa – ME impetra mandado de segurança com pedido liminar em face do Secretário de Estado do Meio Ambiente, das Cidades, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia de Mato Grosso do Sul – Semac, Sr. Carlos Alberto Negreiros Said Menezes, contra ato administrativo consistente em paralisar as atividades da empresa e aplicar-lhe multa de R$ 500,00 (quinhentos reais).

A impetrante narra que, após uma vistoria realizada pela Polícia Militar Ambiental na empresa, foi constatada inexistência de Licença de Instalação e Operação, razão pela qual foi lavrado Laudo de

Constatação n. 18.152 (p. 16) que, por sua vez, deu ensejo ao Auto de Infração n. 8.580 (p. 14), bem como o Termo de Paralisação n. 4.471 (p. 15).

Afirma que o auto de infração não está em consonância com a legislação ambiental pertinente, quais sejam, a Lei n. 9.605/1998 (artigos 6º, 60 e 70), a Resolução SEMAC n. 008/2011 (anexo VI item 6.13), bem como o Decreto n. 6.514/2008 (artigos 4º e 5º).

Alega que o ato de paralisação se apresenta desproporcional à ocorrência constatada pelos agentes públicos contrariando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, porque não há risco grave ao meio ambiente ou reincidência em infração ambiental, fatos que em consonância com a legislação aplicável à matéria lhe assegura o direito líquido e certo a manter sua atividade em funcionamento.

Acrescenta que a paralisação das atividades da empresa tem gerado prejuízos inestimáveis à impetrante, tanto quanto a seus clientes, além do que, *"induvidosamente não há risco para o meio ambiente. Mas há, com certeza, incalculável risco à produção de portões, grades, entre outros produtos já contratados, com sérios prejuízos a impetrante"* (p. 4).

Requer seja concedida a segurança a fim de suspender a paralisação determinada pelo agente do impetrado, dando-se a autorização imediata para seu funcionamento.

O pedido liminar foi deferido *initio litis* com a finalidade de assegurar à impetrante o direito de manter as atividades em funcionamento, até o julgamento do *mandamus*.

A autoridade impetrada e o Estado de Mato Grosso do Sul prestam informações, nas quais se limitam a suscitar preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, sem se manifestarem acerca do pedido formulado pela impetrante.

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira. (Relator)

1. Prolegômenos

Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por Marinalva de Oliveira Feitosa – ME contra ato do Secretário de Estado do Meio Ambiente, das Cidades, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia de Mato Grosso do Sul – Semac, Sr. Carlos Alberto Negreiros Said Menezes, consistente em paralisar as atividades da empresa e aplicar-lhe multa de R$ 500,00 (quinhentos reais).

2. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

A autoridade impetrada assevera que não possui legitimidade passiva *ad causam*, eis que, apesar de o Sr. Carlos Alberto Said Negreiros de Menezes acumular as funções de Secretário de Estado de Meio Ambiente, Ciência, Tecnologia e de Diretor-Presidente do Imasul, suas competências são distintas.

Sustenta que, por ser entidade da administração indireta, o Imasul detém personalidade jurídica própria, razão pela qual a impetrante deveria ter ajuizado a ação em face do diretor da autarquia estadual e não do Secretário de Estado porque este é incompetente para desfazer o ato.

A preliminar, porém, não merece ser acolhida, pelos motivos muito bem expostos no parecer ministerial, da lavra do Procurador de Justiça Amilton Plácido da Rosa, a saber:

> *Malgrado o Decreto Estadual nº 12.725/2013[1] de criação do IMASUL tenha dotado a entidade autárquica de personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa e patrimonial, é ressabido que a ação mandamental é proposta em face da autoridade que praticou o ato acoimado ilegal, de modo que o que importa é a competência da autoridade impetrada para desfazer o ato e não se ela pertence a uma ou outra entidade.*
>
> *Essa afirmação é importante porque, no caso sub judice, a autoridade impetrada acumula os cargos de Secretário de Estado do Meio Ambiente, das Cidades, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia, e de Diretor-Presidente do IMASUL, autarquia responsável pela lavratura do Ato de Infração e do Termo de Paralisação dos quais a impetrante se insurge contra.*
>
> *Ora não há como dissociar as duas pessoas e defender a posição trazida pelo impetrado nas informações, pois, ainda que a impetrante tenha se referido ao secretário de Estado ao invés de Diretor-Presidente do IMASUL, não há prejuízo algum ao deslinde do caso, haja vista que as duas funções são exercidas pela mesma autoridade administrativa a qual detém competência para desfazer o ato impetrado.*
>
> *Nesse caminho, seria totalmente desproporcional extinguir a ação mandamental sem apreciação do mérito, sendo que a autoridade responsável por desfazer o ato imputado ilegal tomou conhecimento das razões trazidas pela impetrante e teve ampla condição de defender o ato.*

Assim sendo, pelos motivos alinhavados acima, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam do Secretário de Estado do Meio Ambiente, das Cidades, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia de Mato Grosso do Sul – Semac.

O Sr. Des. João Maria Lós (1º Vogal)

De acordo com o voto do relator para rejeitar a preliminar.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Marcos José Brito Rodrigues (3º Vogal)

Trata-se mandado de segurança impetrado por Marinalva de Oliveira Feitosa - ME, autuado sob o nº 0800082-16.2014.8.12.0028, em face do Secretário de Estado do Meio Ambiente, das Cidades, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia - Semac do Estado de Mato Grosso do Sul, o Sr. Carlos Alberto Negreiro Said Menezes, contra ato administrativo consistente em paralisar as atividades da empresa e aplicar-lhe multa de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Pois bem, o Sr. Carlos Alberto Said Negreiros de Menezes, cumula as funções de Secretário de Estado de Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia e Diretor-Presidente do Imasul - Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul, com atividades distintas.

1 Art. 1º O Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (IMASUL) é entidade pública integrante da administração indireta do Poder Executivo, de natureza autárquica, dotada de personalidade jurídica de direito público, patrimônio próprio e autonomia administrativa e operacional, nos termos da legislação estadual, com sede e foro na Capital do Estado e prazo de duração indeterminado, vinculado à Secretaria de Estado do Meio Ambiente, das Cidades, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia (SEMAC).

O primeiro cargo, tem sua competência estabelecidas no art. 11º, incisos I a XXI, do Decreto Estadual 13.754/2013, ao passo que o segundo, sua atuação encontra-se disposta no art.3º, incisos I a XVII do Decreto 12.725/2013. Vejamos a competência de cada uma deles:

Decreto Estadual 13.754/2013

> *Art. 1º À Secretaria de Estado de Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia (SEMAC) compete: I - a elaboração de estudos, as pesquisas e as análises globais, setoriais, regionais e urbanas, requeridas pela programação econômica e social do Governo do Estado, em articulação com os órgãos públicos e privados e, em particular, com as instituições de ensino superior do Estado; II - a coordenação, a orientação e a supervisão da elaboração do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias, da lei orçamentária anual e de projetos especiais de desenvolvimento, assim como a elaboração de relatórios de ação de governo para subsidiar a redação de mensagens do Governador à Assembléia Legislativa, referentes à sua área de atuação; III - o acompanhamento e a análise da situação e do desempenho da área social, dos setores produtivos e dos segmentos de infraestrutura econômica, com vistas a orientar as Secretarias de Estado na formulação e na avaliação do plano plurianual e de projetos especiais de desenvolvimento; IV - o acompanhamento gerencial, físico e financeiro da execução orçamentária, sem prejuízo da competência atribuída a outros órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual; V - a realização de estudos e de pesquisas concernentes ao desenvolvimento e ao aperfeiçoamento do processo orçamentário e à orientação técnica dos órgãos de execução e de gestão do orçamento; VI - o planejamento, o desenvolvimento e a supervisão das atividades de consolidação do orçamento do Estado e a promoção de estudos, visando ao aperfeiçoamento e à sua conectividade com o ambiente externo; VII - a coordenação de todo o processo relativo à coleta de informações para a condução dos estudos e do levantamento do orçamento participativo e da elaboração do orçamento anual; VIII - o planejamento estratégico governamental, mediante orientação normativa e metodológica aos demais órgãos e entidades da Administração Estadual, na concepção, no desenvolvimento e na implementação dos respectivos planos e programas; IX - o desenvolvimento de atividades relacionadas à estatística, à geografia, à cartografia e à aerofotogrametria, de interesse do Estado; X - a pesquisa de informações econômico-financeiras, sua consolidação e divulgação sistemática entre os órgãos da administração pública e sua disponibilização à iniciativa privada e a entidades não governamentais; XI - a coordenação da política de desenvolvimento científico e tecnológico do Estado, com ênfase em procedimentos de difusão de conhecimentos tecnológicos adaptados e apoio às instituições ou às unidades de pesquisa, de ensino técnico e universitário e de capacitação técnica para a administração pública; XII - a promoção, a orientação, a coordenação e a supervisão da política de desenvolvimento de Ciência e Tecnologia e o acompanhamento e avaliação dos resultados e a divulgação de informações sobre a Ciência e Tecnologia; XIII - o incentivo à formação e ao desenvolvimento de recursos humanos e à sua capacitação nas áreas de ensino, pesquisa, ciência e tecnologia e o estímulo à realização e à divulgação de pesquisas científicas e tecnológicas; XIV - o apoio e o estímulo a órgãos e a entidades que investirem em pesquisa e em desenvolvimento científico e tecnológico no Estado; XV - o apoio aos municípios na elaboração das políticas ambientais e na organização de estruturas de controle e de licenciamento; XVI - o planejamento, a coordenação, a supervisão e o controle das ações relativas ao meio ambiente e aos recursos hídricos, visando à compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade ambiental e o equilíbrio ecológico; XVII - a formulação e a execução da política e das diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente e para os recursos hídricos; XVIII - a integração com entidades públicas e privadas.*

Decreto 12.725/2013

> *Art. 3º Ao Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (IMASUL) compete: I - planejar, coordenar, supervisionar e controlar as ações relativas ao meio ambiente, visando à compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; II - incentivar, promover e executar pesquisas, estudos, levantamentos técnicos e monitoramento visando à manutenção da qualidade e à quantidade dos recursos ambientais; III - conceder o licenciamento ambiental e realizar o controle de obras, empreendimentos e atividades efetivas ou potencialmente poluidoras e ou modificadoras do meio ambiente; IV - promover e apoiar as ações relacionadas com a conservação e a recuperação das áreas ameaçadas de degradação e das já degradadas por atividades econômicas de qualquer natureza; V - promover, coordenar e realizar a fiscalização das atividades poluidoras, de exploração dos recursos naturais e dos produtos e subprodutos decorrentes dessa exploração; VI - aplicar as penalidades definidas em lei aos infratores da legislação ambiental, nos casos que excedam a competência das autoridades federais e municipais; VII - propor a criação, extinção, modificação de limites e finalidades das Unidades de Conservação da Natureza (UCs) e dos espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público e promover sua implantação e administração; VIII - dar condições efetivas para o funcionamento da Secretaria-Executiva do Conselho Estadual de Controle Ambiental (CECA) e do Conselho Estadual de Recursos Hídricos (CERH); IX - coordenar e executar programas, projetos e atividades, diretamente ou mediante convênio com órgãos ou entidades voltados à proteção, à manutenção, à recuperação e aos usos dos recursos naturais do meio urbano e rural; X - implementar a Política Estadual de Recursos Hídricos e propor normas de estabelecimento de padrões de controle da qualidade das águas; XI - coordenar, gerir e implementar os instrumentos da Política Estadual de Recursos Hídricos e propor normas a ela pertinentes; XII - estruturar o sistema de informações ambientais, com dados essenciais para executar suas atribuições de difusão de informações e tecnologias de manejo do meio ambiente e de promoção da formação de uma consciência coletiva sobre a necessidade da preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; XIII - apoiar os municípios no seu desenvolvimento institucional, para elaboração das políticas ambientais e de organização de estruturas de controle e licenciamento ambiental, fortalecendo-os para a administração dos recursos ambientais identificados em suas respectivas jurisdições; XIV - contribuir para a formulação de propostas para incorporá-las ao Plano Plurianual, à Lei de Diretrizes Orçamentárias e à Lei Orçamentária; XV - formular, coordenar, orientar e supervisionar a execução das políticas e das diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, recursos hídricos, recursos florestais e faunísticos; XVI - articular-se com entidades públicas e privadas para a obtenção de recursos necessários e de apoio técnico especializado, relativo à recuperação, à melhoria e à preservação do meio ambiente; XVII - estimular programas, projetos e ações que otimizem a utilização sustentável dos recursos naturais.*

O Imasul é pessoa jurídica de direito público, pertencente à Administração Indireta do Estado, posto que se trata de autarquia, entidade descentralizada, possuindo, portanto, personalidade jurídica própria e, em tese, pode fazer valer perante a Administração o direito de exercer sua função, podendo opor-se às interferências nos limites definidos em lei e no desempenho de suas funções

Portanto, torna-se responsável por seus atos e o Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da Semac, apenas exerce o controle da finalidade do instituto, para que exerça a finalidade para a qual foi instituída.

Para Hely Lopes Meirelles *"a autarquia não age por delegação, age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do jus imperi que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de direito público interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução dos seus fins, uma parcela do Poder Estatal que lhe deu vida. Sendo um ente autônomo não há subordinação hierárquica para com*

a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia o seu caráter autárquico" (Direito Administrativo Brasileiro, 18ª edição, Editora Malheiros, pág. 308).

Os requisitos mínimos para aplicação da teoria da encampação no caso em tela foram alcançados, pois não se demonstrou vínculo hierárquico entre a autoridade erroneamente apontada e aquela que efetivamente praticou o ato ilegal. Ademais, a extensão da legitimidade não modifica regra constitucional de competência e sequer há razoável a dúvida quanto à legitimação passiva na impetração, bem como a autoridade impetrada sequer manifestou-se acerca da legalidade do ato impugnado, ingressando no mérito da ação de segurança[2].

Deste modo, ao meu ver o Estado não detém legitimidade passiva de causa, pois cumpre a autarquia autora do suposto ato coator de f. 14-17 suportar os efeitos de uma decisão no presente feito, devido a sua capacidade administrativa, financeira, jurídica e jurisdicional.

Diante do exposto, peço vênia ao i. Relator, acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Estado de Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia de Mato Grosso do Sul para substituí-lo pelo Diretor-Presidente do IMASUL - Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul e, por conseguinte, determinar a remessa e a distribuição deste feito na primeira instância, em decorrência da alteração do pólo passivo.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (4º Vogal)

De acordo com o voto do relator para rejeitar a preliminar.

O Sr. Des. Josué de Oliveira. (Relator)

3. Mérito

A impetrante pleiteia a concessão da segurança a fim de que seja suspensa a paralisação das atividades da empresa, argumentando para tanto que o auto de infração não está em consonância com a legislação ambiental pertinente, a saber, a Lei n. 9.605, de 12.2.1998 (artigos 6º, 60 e 70), a Resolução Semac n. 008/2011 (anexo VI item 6.13), bem como o Decreto n. 6.514/2008 (artigos 4º e 5º).

Cabe razão à impetrante.

A Lei n. 9.605/1998, que, entre outras providências, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, estabelece, em seu artigo 6º, os requisitos para a imposição e gradação da penalidade, quais sejam:

> *Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:*
>
> *I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;*
>
> *II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;*
>
> *III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.*

A seu turno, o artigo 60 da mencionada Lei tipifica a conduta de realizar atividade sem licença de instalação ou operação e fixa a respectiva pena a ser aplicada, *in verbis*:

2 (REsp 804249/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 01/07/2009)

> ***Art. 60.*** *Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:*
>
> *Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.*

A análise desses dispositivos legais permite inferir que, efetivamente, a penalidade de suspensão das atividades da impetrante, cumulada com a multa administrativa, não observou o princípio da proporcionalidade, que, na lição de José dos Santos Carvalho Filho, tem por fundamento o excesso de poder e por finalidade *"conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassam os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido."*[3]

Conforme bem salienta o parecer ministerial:

> *De acordo com o artigo 170, parágrafo único, da Constituição "é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei". Contudo, este direito fundamental pode sofrer limitações que restrinjam seu alcance, nestes casos, o critério de diferenciação deverá sempre ser objetivo, bem como deve consagrar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*
>
> *Nesse passo, para verificar se há ou não intervenção violadora da proteção do livre exercício de qualquer atividade econômica, o constitucionalista Marcelo Novelino propõe que a medida (ato, lei, etc.) passe por um teste de proporcionalidade no qual será aferido se ela é: I) adequada para fomentar um princípio constitucional; II) necessária, não podendo ser excessivamente invasiva; e III) proporcional em sentido estrito, devendo a sua adoção trazer mais vantagens do que prejuízos.*[4]

Ao analisar o ato impugnado, que determinou a paralisação das atividades da impetrante, é possível verificar-se que os vetores de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não foram observados, pois houve excesso de poder na conduta da autoridade impetrada.

Com efeito, o ato combatido figura-se inadequado, desnecessário e desproporcional porque, além de não fomentar a iniciativa constitucional de garantia ao livre exercício de atividade econômica, prejudicou excessivamente a empresa que perdeu clientes e não honrou compromissos, não permitiu prazo mínimo de adequação para a impetrada e, ainda, além da aplicação da pena de multa pesada para o porte da empresa, suspendeu as atividades dela, sem que haja, em nenhum dos documentos, elementos que comprovem que o empreendimento desempenhasse atividades lesivas ao meio ambiente. Ao contrário, a impetrante possui, inclusive, alvará de Localização e Funcionamento expedido pela Prefeitura Municipal de Bonito (p. 17), ficando comprovado que não funcionava na informalidade.

Assim, tendo-se em conta que a suspensão das atividades da impetrante se revela medida inadequada, desnecessária e desproporcional à infração cometida, há de se manter a liminar que lhe assegurou o direito de manter a empresa em funcionamento, desde que a proprietária dê entrada no pedido de expedição de Licença de Instalação e Operação, com vistas a garantir o equilíbrio do meio ambiente local.

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 17. ed. rev., ampl. e atual. até 05.01.2007. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 32-3.
4 NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional, 6. ed., São Paulo: Método, 2012, p. 498.

4. Conclusão

Ante o exposto, com o parecer, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, confirmando a liminar, concedo a segurança, a fim de, tornando insubsistente o Termo de Paralisação n. 4.471 (p. 15), assegurar à impetrante o direito de manter as suas atividades em funcionamento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

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. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 19 de maio de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0802082-44.2013.8.12.0021 – Três Lagoas
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – CASSEMS – TRATAMENTO INDICADO POR FACULTATIVO – COBERTURA DA DOENÇA POR PLANO DE SAÚDE – RECUSA INDEVIDA –PROVA QUANTO A FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – ILÍCITO COMPROVADO – EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL – VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO – NEGADO PROVIMENTO.

I – Sendo certo que o contrato celebrado entre as partes previa a cobertura para a doença que acometia a autora da ação, é abusiva a negativa da operadora do plano de saúde de utilização da técnica mais moderna disponível e indicada pelo médico que assiste a paciente.

II – *"A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. Caracterização de dano moral in re ipsa. Precedentes."* (STJ –AgRg no AREsp 456.741/SP).

III – Observadas as circunstâncias particulares do caso, entre elas a gravidade do fato em si, que resultou em evidente dor moral à autora, a culpabilidade da CASSEMS a condição econômica das partes, entendo que a quantia fixada na sentença (R$ 10.000,00 – dez mil reais) é suficiente para aplacar os danos que foram causados à autora, sem caracterizar um enriquecimento ilícito desta, assim como é o bastante para coibir praticas semelhantes pela apelada.

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, 29 de abril de 2014.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – CASSEMS, na Ação de Obrigação de Fazer c.c. Indenização por Danos Morais, que lhe ajuíza Malvina da Silva Lima, interpõe recurso de apelação contra a sentença que julgou procedente os pedidos formulados na inicial, para confirmar os efeitos da tutela antecipatória concedida, determinar à apelante que proceda ao tratamento da requerente, consistente na realização de planejamentos computadorizados tridimensionais (por região anatômica),

mediante prescrição médica e até alta definitiva, e condenar a requerida/apelante a pagar à autora, a título de danos morais, a importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido pelo IGPM/FGV e atualizado desde a data do arbitramento, e juros de mora de 1% ao mês, igualmente aplicado desde o arbitramento.

Alega, em resumo, que:

a) a sentença peca em sua fundamentação e convencimento do magistrado prolator, no aspecto da impossibilidade de limitação de cobertura;

b) conforme a jurisprudência, não pode a ineficiência Estatal servir de supedâneo para obrigar os planos privados à suprir o que o Estado não consegue cumprir;

c) a atividade subsidiária particular não é sucedâneo da ineficiência estatal, não se podendo atribuir às entidades privadas deveres além do contrato, sob pena de gerar insustentável insegurança jurídica;

d) a sentença prolatada negou vigência aos artigos de lei federal específica, em especial a Lei de Regência dos Planos Privados de Assistência à Saúde (Lei nº 9.656/98), que delega competência e atribui limite de cobertura aos procedimentos contemplados nas Resoluções Normativas expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, cuja competência para elaboração do referido Rol de Procedimentos é delegada através da Lei Federal nº 9.961/2000;

e) a CASSEMS é uma Associação sem finalidade lucrativa, por isso deve ser considerada as suas peculiaridades, dentre elas, a possibilidade de limitação de direitos, a atribuição de deveres aos associados, dentre eles a coparticipação no evento, e ainda que tudo isso não implica em infração ao Código de Defesa do Consumidor;

f) tendo em vista tratar-se de plano de saúde fechado e administrado paritariamente, sem fins lucrativos, é certo que os regulamentos e normas restritivas que buscam a proteção do equilíbrio atuarial e mensalidades de custo menor, não podem ser vistas como cláusulas contratuais abusivas;

g) o judiciário está se imiscuindo da competência do legislativo, porquanto está determinando que alguém faça o que não está previsto em lei e nem na Constituição Federal;

h) é descabida, indevida e manifestamente ilegal a condenação à cobertura integral, ante a impossibilidade de atendimento na localidade pela ausência de médico especialista, haja vista estar contrariando e negando vigência à dispositivo de lei federal específica;

i) a questão relacionada à doença da apelada, apesar de ser situação indesejada e até mesmo abaladora da psique humana, não pode ser atribuída à sua responsabilidade;

j) descabido e inconcebível a condenação em dano moral, uma vez que não restou caracterizado, no caso, recusa de tratamento/atendimento, pois a situação vivenciada nos autos é controvérsia contratual;

l) não havendo culpa ou nexo de causalidade entre o acometimento à saúde e a ausência de obrigação de cobertura, não há como impor responsabilidade à CASSEMS, cujo atendimento tem limitação legais;

m) para a configuração do dano moral, a autora deveria comprovar, conforme preleciona Yussef Said Cahali, que do alegado inadimplemento imotivado tivesse resultado sofrimento e dor íntima;

n) a sentença incorre in bis in iden, ao responsabilizar a mesma pessoa jurídica duas vezes pelo mesmo fato ou acontecimento;

o) mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral.

Requer o provimento do recurso, para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido formulado na inicial, ou, caso seja mantida a condenação, que seja minorada a quantia arbitrada como dano moral.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (pág. 309).

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira. (Relator)

Síntese Fática.

Extrai-se dos autos que a autora ingressou com a presente demanda, sustentando que: a) é titular do plano de saúde junto a CASSEMS, cujo contrato estatui a prestação de serviços médicos; b) tem 67 (sessenta e sete) anos de idade e é portadora de câncer de mama, como lesões ósseas acometendo a coluna vertebral, dorsal, lombo e sacra; c) em razão da grave doença que lhe acomete, foram indicados, em 08 de março de 2013, vários exames para tratamento, dentre eles 02 (dois) planejamentos computadorizados tridimensional (por região anatômica), contudo, tais exames lhe foram negados pela ré; d) segundo laudo médico, o tratamento proposto é com técnica 3D, dose total 30 Gy em 4 campos conformados e 10 frações, por se tratar de urgência e evitar que evolua com déficit neurológico; e) havendo pedido médico expressando a gravidade do quadro de saúde da paciente, bem como a necessidade de realização do procedimento, não pode a empresa responsável pelo Plano de Saúde se negar a autorizá-lo; f) a recusa injustificada ou fora da razoabilidade das empresas de plano de saúde para a realização de tratamento e/ou realização de exames, constitui fato gerador de danos morais.

Requereu a condenação da CASSEMS, para obriga-la a assegurar à autora o exame requerido pelo médico especialista na área, durante o período em que perdurar até o final do tratamento, bem como, ao pagamento de indenização a título de danos morais.

Foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, para que a requerida autorize e arque com todos os custos dos procedimentos indicados na inicial e determinada a citação da CASSEMS (págs. 46-51).

Devidamente citada, a CASSEMS apresentou contestação (Págs. 57-129).

Em 29 de junho de 2013 o Juiz determinou a intimação das partes para que especificassem as provas que pretendiam produzir (pág. 231).

O Juiz *a quo* proferiu sentença, às págs. 247-258, em que julgou procedente os pedidos formulados na inicial, para confirmar os efeitos da tutela antecipatória concedida, determinar à apelante que proceda ao tratamento da requerente, consistente na realização de planejamentos computadorizados tridimensionais (por região anatômica), mediante prescrição médica e até alta definitiva, e condenar a requerida/apelante a pagar à autora, a título de danos morais, a importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido pelo IGPM/FGV e atualizado desde a data do arbitramento, e juros de mora de 1% ao mês, igualmente aplicado desde o arbitramento.

Do Mérito.

Analisando detidamente as provas dos autos, tenho que o Juiz de Direito, Eduardo Magrinelli Junior, titular da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, MS, deu adequada solução ao caso concreto, razão pela qual adoto os mesmos fundamentos expostos na sentença para decidir o presente recurso, *in verbis*:

"Fundamentação

Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer c.c Indenização por Danos Morais que Malvina da Silva Lima move em face de CASSEMS – Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da qual requer que a Requerida assegure a aquisição do medicamento recomendado ou o respectivo custeio de todas as despesas para sua aquisição, bem como seja condenada ao pagamento de indenização por danos morais no valor equivalente a 40 salários mínimos.

Não havendo preliminares, ressalvo apenas que, apesar de não ter sido trazido o contrato celebrado entre a Requerente a Requerida, esta não contestou a qualidade de segurada da demandante, de forma que, sendo o documento prescindível para a análise do caso, passo diretamente à análise do mérito.

2.1 Da obrigação de fazer.

Em apertada síntese, alega a Requerente no início do corrente ano foi diagnosticada com quadro de lesões ósseas acometendo coluna cervical e dorsal lombo e sacra, em decorrência do câncer de mama de que é portadora, sendo-lhe recomendada a realização de vários exames para o tratamento, e dentre eles dois planejamentos computadorizados tridimensionais[1] (por região anatômica), os quais não foram autorizados pelo plano de saúde.

A Requerida, por seu turno, resumidamente, alega que não houve recusa, mas que o rol de cobertura da ANS traz apenas a radioterapia conformada tridimensional para cabeça e pescoço, sistema nervoso central, mama, pulmão e pelve, não contemplando o planejamento tridimensional de lesão da coluna cervical. Dessa forma, a assistência ilimitada seria responsabilidade exclusiva do Estado e as entidades privadas estão obrigadas a cobrir somente os riscos contratualmente previstos.

Contudo, em que pesem aos argumentos da Requerida, a razão ampara a Requerente. Se não, vejamos:

A Requerente foi inicialmente acometida de câncer de mama, necessitando ser submetida à mastectomia total, quimioterapia e radioterapia, tudo coberto pela Requerida, consoante se depreende dos autos, cuja análise revela também ser a mazela ora em debate decorrente daquele mal inicial e dos tratamentos empregados na Requerente (quimioterapia e radioterapia).

Não se pode desconsiderar que a Requerente foi submetida a outros tratamentos, igualmente cobertos pela Requerida, antes da indicação dos planejamentos computadorizados tridimensionais (por região anatômica) para se evitar a metástase óssea (conforme indica o documento de fl.36).

Assim, a alegação de ausência de cobertura ou mesmo da possibilidade de restrição contratual não pode prosperar, pois flagrantemente abusiva, nos termos do art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor[2], ao negar a continuidade de um tratamento custeado desde o início pela operadora, colocando o consumidor em desvantagem exagerada.

1 Nesta modalidade a localização da região de tratamento é feita por um equipamento de tomografia específico para simulação de radioterapia que oferece mais precisão para o planejamento do tratamento, que é finalizado em um aparelho simulador e é definido pelo radioterapeuta. Esta modalidade tem como objetivo localizar a lesão com melhor precisão, visualizando facilmente as estruturas internas adjacentes ao tumor. A localização da região de tratamento é feita por um equipamento de tomografia específico para simulação de radioterapia. As imagens são importadas para um sistema de planejamento computadorizado, que permite um estudo da distribuição da dose com melhor precisão, preservando o quanto possível as estruturas adjacentes sadias ao alvo de tratamento. Isso é feito através do uso de múltiplos campos, com blocos de proteção personalizados.

2 "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;"

Oportuno ressaltar não se tratar de garantir cobertura irrestrita à consumidora, ou mesmo de conferir direitos além dos avençados, mas sim de garantir-lhe o tratamento necessitado, sobretudo em observância ao direito constitucionalmente garantido a uma vida digna, além de assegurar seu acesso aos avanços da medicina.

Não merece guarida a alegação de inexistência de obrigatoriedade de custeio do tratamento, por não constar do rol da ANS, pois mesmo não constando do rol de procedimentos obrigatórios, segundo a ANS, isso não eximiria a Requerida da cobertura, pois tal circunstância não só impediria a consumidora o acesso a inovações oferecidas pela Medicina (por vezes a normatização não consegue acompanhar de perto os avanços tecnológicos), como lhe abortaria a possibilidade de obter tratamento médico adequado, indo de encontro com o objetivo do contrato celebrado entre as partes.

Em caso análogo, nesse mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo recentemente:

(...)

Também não é o caso de se dizer que o rol da agência reguladora não se tornaria defasado, pois a edição da última resolução, de nº 262 (minimamente alterada pela de nº 281), vigente a partir de 1º de janeiro de 2012, data de agosto de 2011.

Ademais, compete ao profissional qualificado a indicação do tratamento e dos materiais mais adequados ao paciente (o que é trazido às fl.43).

Não se discute que caberia ao Estado garantir a saúde de todos, contudo, diante da impossibilidade de um atendimento eficaz e pleno de toda a população, é facultada a atuação de empresas particulares, como a Requerida, descabendo sua tentativa de se eximir nesta oportunidade, pelas razões já fundamentadas.

2.2 Dos danos morais.

Embora o descumprimento contratual não configure dano moral, já que não há violação aos direitos da personalidade, neste caso particular, por se tratar de direitos indisponíveis, a saber, direito à vida e à saúde de um ser humano, a recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos com o tratamento da patologia acometida pelo beneficiário caracteriza dano moral, com o consequente dever de indenizar, pois é evidente que tal recusa interfere de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia e aflições.

Em outras palavras, tem razão a Requerente na sua pretensão a danos morais, na medida em que o fato acontece em momento de doença, no qual, ditam-no as regras da experiência comum, que qualquer pessoa normal sente-se fragilizada.

Outrossim, no caso concreto, a Requerente foi obrigada a demandar em juízo, a fim de obter a continuidade do tratamento que já vinha sendo coberto pela Requerida.

Aliás, o tratamento só pode ser continuado após a concessão da tutela antecipada (fl.177), tornando justificável que seja moralmente indenizada.

(...)

Tratando do mesmo tema e também da relatoria da Exma. Ministra NANCY ANDRIGHI, tem-se o Recurso Especial n.º 1.190.880/RS, julgado eletronicamente, do qual se extrai entrecho:

"AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE "STENTS" DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. 1. Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. 2. Em consonância com a jurisprudência, a quantia de R$20.000,00 (vinte mil reais), considerando os contornos específicos do litígio, compensam de forma adequada os danos morais. 3. Agravo Regimental improvido." (AgRg nos EDcl no REsp 1169523/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 02/09/2011) Destaquei.

Por outro lado, como é cediço, não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o arbitramento a título de indenização por danos morais, sendo uma questão subjetiva que deve apenas obedecer a alguns critérios estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante em cometer futuros atentados.

Carlos Alberto Bittar[3] destaca a importância do caráter punitivo da indenização por danos morais, dizendo:

"(...) a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser a quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante."

(...)

Sobre o assunto, o jurista Rui Stoco[4] traz algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:

"a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;

b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;

c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;

d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;

e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;

3 **Reparação civil por danos morais,** 3ª edição revistas, atualizada e ampliada, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 233.

4 **Tratado de Responsabilidade Civil**", Ed. RT, São Paulo: 2001, p. 1.030

> *f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;*
>
> *g) não indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;*
>
> *h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente."*
>
> *Assim, diante de tudo que foi demonstrado, observando os precedentes judiciais e examinando as peculiaridades do caso em tela, com a atenção voltada à capacidade econômica das partes e ao caráter pedagógico da medida, entendo que a indenização por danos morais deve ser fixada em R$10.000,00 (dez mil reais), quantia esta que reputo suficiente para compensar dignamente o sofrimento suportado pela Requerente, sem que se caracterize o enriquecimento ilícito." (fls. 201-201v.).*

De fato, tenho que a sentença deve ser mantida, uma vez que como bem salientou o Juiz *a quo*, *"a alegação de ausência de cobertura ou mesmo da possibilidade de restrição contratual não pode prosperar, pois flagrantemente abusiva, nos termos do art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor*[5]*, ao negar a continuidade de um tratamento custeado desde o início pela operadora, colocando o consumidor em desvantagem exagerada."* (pág. 251).

No caso, embora a apelante alegue que tem a possibilidade de impor limitação de direitos e atribuir deveres aos associados, em nenhum momento demonstrou que o procedimento médico, indicado por facultativo que acompanhava a evolução do quadro clínico da autora apelada, não seria coberto pelo Plano de Saúde.

Observa-se, também, pelo conteúdo das respostas da apelante ao pedido de autorização de tratamento da autora/apelada, formulado pelo Dr. Maco Antônio Rizza, médico Radioterapeuta, que em nenhum momento se fala que o procedimento sofreria alguma limitação, ou mesmo que não seria coberto pelo Plano de Saúde, mas apenas se discute se o procedimento seria recomendado para o caso clínico da paciente, no caso, a apelada.

E embora, o facultativo tenha apresentado justificativas detalhadas sobre a necessidade do tratamento recomendado, juntando, inclusive trabalho e bibliografia sobre o assunto, a CASSEMS, ora apelante, simplesmente silenciou a respeito.

Diante disso e sendo certo que o contrato celebrado entre as partes previa a cobertura para a doença que acometia a autora da ação, é abusiva a negativa da operadora do plano de saúde de utilização da técnica mais moderna disponível e indicada pelo médico que assiste a paciente.

Nesse sentido, é a jurisprudência pacífica no Superior Tribunal de Justiça, conforme os arestos a seguir:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. NATUREZA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE VEDADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO CDC. COBERTURA POR PLANO DE SAÚDE. PRÓTESE INDISPENSÁVEL AO SUCESSO DA CIRURGIA. FUNDAMENTOS DO NOVO RECURSO INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA.*

5 "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;"

1. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

2. É firme nesta Corte Superior o entendimento quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde (Súmula n. 469/STJ).

3. "Afigura-se desinfluente a discussão acerca da aplicação das disposições contidas na Lei n. 9.656/1998 na hipótese de as cláusulas contratuais serem analisadas em conformidade com as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor." (AgRg no AREsp 273.368/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/02/2013, DJe de 22/03/2013).

4. A jurisprudência deste Tribunal Superior é uníssona no sentido de que é abusiva a cláusula restritiva de direito que exclui do plano de saúde terapia ou tratamento mais apropriado para determinado tipo de patologia alcançada pelo contrato. Precedentes.

5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (AgRg no REsp 1300825/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 28/02/2014).

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282/STF e 211/STJ. RECUSA AO CUSTEIO DE TRATAMENTO. CLÁUSULA ABUSIVA.

1. Incide o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não tenha sido apreciada pela Corte a quo.

2. A cláusula de contrato de plano de saúde que limita a cobertura de procedimento cirúrgico indispensável ao tratamento médico é abusiva.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 207.457/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 05/03/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO. MEDICAMENTO. NEGATIVA DE COBERTURA. CLÁUSULA ABUSIVA.

1. Tratamento experimental é aquele em que não há comprovação médica-científica de sua eficácia, e não o procedimento que, a despeito de efetivado com a utilização equipamentos modernos, é reconhecido pela ciência e escolhido pelo médico como o método mais adequado à preservação da integridade física e ao completo restabelecimento do paciente.

2. Delineado pelas instâncias de origem que o contrato celebrado entre as partes previa a cobertura para a doença que acometia a autor, é abusiva a negativa da operadora do plano de saúde de fornecimento dos medicamentos prescritos pelo médico que assiste o paciente. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 7.865/RO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 05/03/2014).

No que tange à reparação civil, prevê o artigo 186 e 187 do Código Civil que:

> *"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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."*

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, estabelece que *"o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços."*

Humberto Theodoro Júnior, ao versar sobre o dano moral, esclarece:

> *"Em direito civil há um dever legal amplo de não lesar a que corresponde a obrigação de indenizar, configurável sempre que, de um comportamento contrário àquele dever de indenidade, surta algum prejuízo injusto para outrem, seja material, seja moral (CC, art. 186).*
>
> *(...)*
>
> *Viver em sociedade e sob o impacto constante de direitos e deveres, tanto jurídicos como éticos e sociais, provoca, sem dúvida, freqüentes e inevitáveis conflitos e aborrecimentos, com evidentes reflexos psicológicos, que, em muitos casos, chegam mesmo a provocar abalos e danos de monta.*
>
> *Para, no entanto, chegar-se à configuração do dever de indenizar, não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se se reunirem todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexo causal.*
>
> *Se o incômodo é pequeno (irrelevância) e se, mesmo sendo grave, não corresponde a um comportamento indevido (licitude), obviamente não se manifestará o dever de indenizar (ausência da responsabilidade civil cogitada no art. 159 do CC).*
>
> *(...)*
>
> *Enfim, entre os elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil por dano moral, hão de incluir-se, necessariamente, a ilicitude da conduta do agente e a gravidade da lesão suportada pela vítima* (AMARANTE, *ob. cit., loc. cit.*; ANTÔNIO CHAVES, *ob. cit., loc. cit.*)."

Na presente hipótese, existem provas concretas nos autos, que demonstram que a requerida, CASSEMS, praticou sim ato ilícito reprovável, ao se recusar indevidamente a suportar os custos com o tratamento da patologia acometida pela beneficiária/apelada, pois é evidente que tal recusa interferiu de maneira significativa no estado psicológico da paciente (apelada), causando-lhe angústia e aflições.

O Superior Tribunal de Justiça, possui firme posicionamento, no sentido de que a recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, conforme se observa dos seguintes julgados:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS EM RAZÃO NA NEGATIVA DE COBERTURA DO PLANO DE SAÚDE - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO RECLAMO DO CONSUMIDOR PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, RECONHECIDO O DANO MORAL ALEGADO E ARBITRADA A INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE. INSURGÊNCIA DA SEGURADORA.*

> *1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. Caracterização de dano moral in re ipsa. Precedentes.*
>
> *2. O artigo 544, § 4º, inciso II, alínea "c", do CPC autoriza o relator a conhecer do agravo para, de pronto, dar provimento ao recurso especial, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal. Na hipótese ora em foco, consoante destacado na decisão agravada, o provimento do apelo extremo fundou-se em orientação jurisprudencial iterativa das Turmas de Direito Privado do STJ.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp 456.741/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 04/04/2014).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. ILEGALIDADE DA NEGATIVA DE COBERTURA A TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. DANO MORAL CONFIGURADO. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO.*
>
> *1.- É pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, por configurar comportamento abusivo, sem que, para tanto, seja necessário o reexame de provas.*
>
> *2.- A fixação dos danos morais no patamar de R$ 6.000,00 (seis mil reais) cumpre, no presente caso, a função pedagógico- punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.*
>
> *3.- Agravo Regimental improvido."* (AgRg no AREsp 467.193/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014).

Relativamente à quantificação da indenização a título de dano moral, também entendo que não merece reforma.

É cediço que, na fixação do *quantum* indenizatório, deve-se considerar as peculiaridades que envolvem cada pleito, respeitando, contudo, os princípios da razoabilidade e da moderação, para que não haja um enriquecimento sem causa ou uma inoperante repressão ao ofensor.

Na esteira desse raciocínio, a indenização por dano moral, segundo o entendimento doutrinário-jurisprudencial, deve levar em conta a situação econômica do ofensor e do próprio ofendido, para que o processo não se transforme em meio de enriquecimento indevido da vítima ou instrumento de vindita.

Sobre a quantificação da indenização por dano moral, Valdemar P. da Luz, expõe com muita propriedade, o que segue:

> *"A respeito da avaliação dos danos morais, convém lembrar que os tribunais adotam a teoria compensatória, bem como do desestímulo, onde o montante desta indenização deve ser razoavelmente expressivo, não meramente simbólico, pesando no bolso do ofensor como forma de não incentivar à reincidência do ato lesivo.*
>
> *Tem-se, desse modo, que 'o dano moral, em nosso ordenamento, tem duplo caráter, compensatório e punitivo. Sua fixação tem como fim, sob o primeiro ângulo, trazer benefício apto a, de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a libertar-se do sofrimento, ou, reconfortando-a, através do percebimento pecuniário. Não se trata de pagar a dor já sentida, admitindo-se, isto sim, que o valor estipulado, ao trazer benesse para quem padeceu sentimentalmente, implique uma compensação justa'.*

> *Conseguintemente, inexistindo critérios previstos por lei, a indenização fica condicionada ao prudente arbítrio do julgador que, evidentemente, apreciará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para fixação do dano. Acompanhando essa linha de raciocínio, Humberto Theodoro Júnior assevera:*
>
> *'Resta, para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários', acrescenta que 'o problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio-econômico dos litigantes e da menor ou maior gravidade da lesão.'*[6]

No presente caso, a autora, embora não tenha comprovado seus rendimentos, demonstra que é aposentada do quadro de servidores do Estado de Mato Grosso do Sul.

Por outro lado, é notória a liquidez da requerida, CASSEMS, a qual possui plenas condições de ser responsabilizada em quantia suficiente, para ao menos minorar os efeitos de suas ações.

Assim, observadas as circunstâncias particulares do caso, entre elas a gravidade do fato em si, que resultou em evidente dor moral à autora e a sua família, a culpabilidade da apelante, a condição econômica das partes, entendo que a quantia fixada na sentença, é suficiente para aplacar os danos que foram causados à autora, sem caracterizar um enriquecimento ilícito desta, assim como é o bastante para coibir praticas semelhantes pela apelante.

Por fim, registro que, encontrado nos fundamentos antes declinados os motivos de convencimento necessários para solucionar o conflito, torna-se desnecessário fazer expressa referência aos dispositivos legais mencionados pelas partes, a título de prequestionamento, os quais não restaram ofendidos.

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação cível 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. Josué de Oliveira

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, 29 de abril de 2014.

***

6 In, *"Transito e Veículos – Responsabilidade Civil e Criminal"*, 6 ed., São Paulo: Conceito Editorial, 2011, pág. 77.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0006288-36.2009.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - PLANO DE SAÚDE - PERÍODO DE CARÊNCIA - PRIMEIRA CIRURGIA REALIZADA EM CARÁTER EMERGENCIAL E URGENTE - COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE - NECESSIDADE DA SEGUNDA CIRURGIA PARA RETIRADA DO TUMOR ENCEFÁLICO REALIZADA FORA DA ÁREA DE ABRANGÊNCIA GEOGRÁFICA - NÃO COBERTURA - REEMBOLSO DAS DESPESAS - POSSIBILIDADE - EMERGÊNCIA DA SEGUNDA CIRURGIA - SITUAÇÃO DEMONSTRADA – APLICAÇÃO DA TABELA CONTIDA NO CONTRATO - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

O contrato de prestação de serviços médico-hospitalares submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e, por conta disso, eventual dúvida na interpretação de cláusula contratual resolve-se a favor do beneficiário do plano de saúde.

É ilógica e atenta contra o princípio da razoabilidade, a circunstância de haver, num determinado momento o consentimento da Unimed Dourados em proceder a primeira cirurgia para o tratamento da paciente e em outro sustentar a falta de cobertura da segunda cirurgia por ser ela eletiva, cessando por completo a emergência e urgência antes detectada no primeiro procedimento, só porque foi realizada as expensas da consumidora com data, hora e local previamente agendados.

Em que pese a possibilidade de delimitação da área de abrangência dos planos pelas operadoras de saúde nos contratos firmados com seus clientes, é possível o custeio e reembolso do tratamento cirúrgico fora do limite de abrangência contratado nos casos excepcionais de inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado e urgência/emergência do procedimento.

Afasta-se a aplicação dos índices da tabela de reembolso (artigo 12, VI, da Lei n.º 9.656/98), porque resultaria na redução ilegítima do patrimônio da consumidora, já que os valores gastos para a efetivação da cirurgia em outro Estado da Federação não são iguais àqueles ofertados pelo mercado para aquisição pelos planos de saúde.

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, 22 de maio de 2014.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Unimed Dourados/MS - Cooperativa de Trabalho Médico, inconformada com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Ana Paula Conceição Silva, em trâmite pela 3ª Vara Cível da Comarca de Dourados-MS, interpõe recurso de apelação, alegando que não havia obrigação legal ou contratual de cobertura para a segunda cirurgia, repise-se, por estar à filha da Apelada em período de carência contratual para cirurgias e procedimentos eletivos.

Afirma ainda que o plano em questão é denominado Plano Unisaúde Co-Participativo Simples/ Individual/Familiar, com cobertura para obstetrícia, e com área de abrangência geográfica limitada, e não com cobertura nacional, conforme bem demonstra as fls. 16 e 175 dos autos (cláusula 01.1.1) e conforme legislação regulamentadora (artigos 8º, VII, 12, II, e art. 16, X, Lei n. 9.656/98).

Quanto à condenação em reembolso dos valores despendidos com passagens aéreas, esta também é indevida, pois o contrato (fls.181 e189) prevê cobertura de transporte aéreo ou terrestre, quando o usuário está internado em estado grave, e a pedido do médico assistente, em virtude de carência de recurso, conforme especificados nas cláusulas 8 (8.1 P) e clausula 17 do contrato.

Aduz que na eventualidade de ser condenada ao reembolso, deve ser observado os valores praticados pelo respectivo produto, conforme determina o artigo 12, VI, da Lei 9656/98.

Por fim, roga pelo prequestionamento expresso de todas as matérias de ordem constitucional e infraconstitucional para fins de interposição de eventual recurso extremo às cortes Superiores.

A apelada, em contrarrazões, pugna pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de recurso interposto por Unimed Dourados/MS - Cooperativa de Trabalho Médico, contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Ana Paula Conceição Silva, em trâmite pela 3ª Vara Cível da Comarca de Dourados-MS.

Insurge-se a UNIMED Dourados afirmando que não havia obrigação legal ou contratual de cobertura para a segunda cirurgia, repise-se, por estar à filha da Apelada em período de carência contratual para cirurgias e procedimentos eletivos.

Após detida análise das provas colimadas aos autos, não ouso discordar do entendimento adotado na sentença recorrida que averbou não restar demonstrada a doença preexistente da filha da autora e muito menos a má-fé da mesma na contratação do plano de saúde, motivo pelo qual as adoto como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe neste colegiado, quando a qualidade permite sejam subministradas pelo relator, evitando-se incorrer em tautologia, senão vejamos:

> *"(...) Para elidir o direito buscado pela Autora, a Ré sustenta inicialmente, que o procedimento em questão encontrava-se dentro de período de carência e que era inequívoca a condição de doença preexistente.*

É incontroverso, que o contrato celebrado pelas partes no dia 01.08.2006 previa prazo de carência de 180 (cento e oitenta) dias para procedimentos cirúrgicos(fls.17), o que está em conformidade com o que dispõe a Lei 9.656/98(art. 12, inciso V, alínea "b").

Previu ainda o contrato prazo de carência de "24 horas: acidentes pessoais", não prevendo expressamente o prazo de carência para os casos de urgência ou emergência, sendo certo que a Lei 9.656/98 estabelece prazo máximo de 24 horas para essas hipóteses(art. 12, inciso V, alínea "c").

Em relação a questão da doença preexistente, dispõe a já mencionada lei:

Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1 o do art. 1 o desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.

Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o caput, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS.

Extrai-se da norma mencionada, a regra de que pode a operadora negar atendimento nos casos de doença preexistente, no prazo de 24 meses da assinatura do contrato, desde que comprovado não só a preexistência da doença, como também a ciência prévia do consumidor ou beneficiário do plano de saúde.

Em outras palavras, só pode haver negativa de atendimento por doença preexistente, na hipótese de má-fé do consumidor que, tendo conhecimento da doença, omite o fato no momento da contratação.

Na fatispécie, não restou comprovada a doença preexistente e muito menos a má-fé da Autora na contratação.

Não pode prevalecer o argumento da Ré, no sentido de que a Autora tinha conhecimento da doença que acometia sua filha Emily, pelo simples fato de que ela estava sendo assistida pelo médico desde 17.07.2006.

Conforme se vê do documento de fls. 23, que consiste no "resumo do prontuário", Emily foi atendida no dia 17.07.06 com sintomas de cefaléia, vômitos e febre, tendo retornado no dia 25.07.06 ocasião em que anotou o médico "melhora da febre".

Detecta-se ainda, que a paciente só voltou a ser atendida novamente no dia 04.09.06, ou seja, mais de um mês depois da celebração do contrato, basicamente com os mesmos sintomas iniciais.

Observa-se que nessa ocasião sequer o médico sabia da doença da paciente, tanto que anotou, logo depois das anotações dos sintomas "estrabismo??", tendo solicitado o exame de tomografia.

Seguindo a ordem cronológica do relatório médico, observa-se que somente no dia 29.09.2006 é que se tomou conhecimento do resultado da tomografia, o que motivou o imediato encaminhamento da paciente à médica neurologista, a qual determinou os procedimentos necessários, inclusive cirúrgicos.

Desta forma, resta claro que a Autora não tinha ciência da doença que acometia sua filha, quando celebrou o contrato com a Ré, não havendo que se falar, então, em

doença preexistente, pelo que tinha a Ré obrigação de oferecer à paciente o atendimento de urgência/emergência. (...)"

Delimitado que a autora não tinha ciência da doença que acometeu sua filha quando da contratação do plano de saúde e, restando incontroverso que a primeira cirurgia foi realizada em caráter de urgência e emergência, tanto que custeada pela apelante, resta decidir se a segunda cirurgia foi de caráter eletivo ou de urgência e, se estaria ou não coberta pelo plano de saúde.

Pelas provas colimadas, extraí-se que a segunda cirurgia realizada na filha da autora foi uma continuidade do tratamento, ou seja, a primeira cirurgia realizada em Dourados com cobertura do plano de saúde serviu para "aliviar a hipertensão endocraniana", tendo em vista a hidrocefalia intensa na região (fls. 25-26), sendo que a segunda cirurgia realizada em São Paulo, foi para extirpar o tumor encefálico localizada na linha média do cerebelo, fato esse ocorrido com sucesso.

Portanto, no meu sentir, as duas cirurgias ao qual foi submetida a filha da autora detinham caráter de emergência.

A Lei nº 9.656/98, que regula os planos e seguros privados de assistência à saúde, dispõe em seus artigos, que é obrigatória a cobertura do atendimento em casos de emergência/urgência que impliquem risco imediato de vida ou lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente, *verbis*:

" (...)

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizada em declaração do médico assistente; e

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.

Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35."

A declaração da médica cooperada que assistiu a filha da autora, ora recorrida (f. 24), aliada com a declaração do médico que realizou a segunda cirurgia (fls. 25-26) são contundentes em atestar a gravidade do tumor e a necessidade de realização do procedimento cirúrgico, fato que por si só, demonstra risco a vida da paciente; portanto configurada a emergência.

Em que pese a regra contratual estabeleça prazo de carência para referido procedimento, a Lei nº 9.656/98 trouxe previsão de exceção para casos de emergência e urgência, conforme dispõe o seu art. 12, inciso V, alínea ``c'', senão vejamos:

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

(...)

V- quando fixar períodos de carência:

> *a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;*
>
> *b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;*
>
> *c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência. (f. 145 TJ/MS)*

Assim, torna-se obrigatória a cobertura, mesmo antes de transcorrido o prazo previsto em contrato, sempre que se cuide de situação de emergência ou urgência**,** respeitado apenas o prazo de carência de 24 horas.

Nesse sentido, segue:

> *"Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida".* (RESP 466.667/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO Junior, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174)

Se não bastasse, a recorrente confessa que cobriu os gastos com a primeira cirurgia em face da emergência, no entanto, alega que o segundo procedimento cirúrgico era eletivo e sequer foi requerido administrativamente pela apelada, motivo pelo qual não é obrigada a reembolsar.

O entendimento do recorrente de que a cirurgia para retirada de um tumor encefálico em uma criança de sete anos é procedimento eletivo, tão somente, porque a cirurgia foi previamente agendada (data, hora e local marcada), não pode prosperar.

A experiência ordinária nos ensina que cada organismo humano responde de maneira própria e particular a uma doença e seu respectivo tratamento, portanto, não existe uma certeza absoluta sobre a evolução e gravidade de qualquer tipo de doença, muito menos se irá o paciente sobreviver ou não e por quanto tempo.

Desta feita, por corolário lógico, se a primeira intervenção cirúrgica é tida por emergente e urgente, e que a mesma é considerada preparatória para a segunda, por certo que a segunda, detém mais urgência e emergência do que a primeira, pois será ela que resolverá por completo o problema na saúde do enfermo.

Por certo, a cobertura parcial dos serviços que vinham sendo oferecidos é uma afronta ao direito do consumidor, provavelmente, a não retira do tumor ocorrida na segunda cirurgia, levaria a ineficácia de todo o tratamento anterior, com risco eminente de vida da paciente.

Assim, é ilógica e atenta contra o princípio da razoabilidade, a circunstância de haver, num determinado momento o consentimento da Unimed Dourados em proceder a primeira cirurgia para o tratamento da paciente e em outro sustentar a falta de cobertura da segunda cirurgia por ser ela eletiva, cessando por completo a emergência e urgência antes detectada no primeiro procedimento, só porque foi realizada as expensas da consumidora com data, hora e local previamente agendados.

É de se exigir da ré/apelante a adoção cautelosa, no mínimo, para se evitar o abuso vedado pelo art. 51, IV, do CDC, porquanto a negativa de continuidade do tratamento com a realização de todos os procedimentos necessários à plena recuperação do paciente equivale à obrigação incompatível com a boa-fé e equidade, fragilizando o segurado.

Por fim, em que pese a possibilidade de delimitação da área de abrangência dos planos pelas operadoras de saúde nos contratos firmados com seus clientes, é possível o custeio e reembolso do tratamento cirúrgico fora do limite de abrangência contratado nos casos excepcionais de inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado e urgência do procedimento.

A propósito:

> *"O reembolso das despesas efetuadas com tratamento médico e internação em hospital, ambos não abrangidos pelo contrato de plano de saúde estabelecido entre a empresa cooperativa de trabalho médico e o consumidor, pode ser admitido tãosomente em hipóteses especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.)" (Rel. Min. Nancy Andrighi, in RESP 685109/MG, Terceira Turma, j. 25/09/2006).*

O magistrado singular bem delineou esta questão, vejamos o que ele deixou averbado na sentença, da qual comungo inteiramente e os adoto como razões de decidir:

> *"(...) No que se refere ao procedimento realizado em São Paulo, nega a Ré que lhe tenha sido apresentado pedido de autorização, o qual teria sido negado.*
>
> *A Autora, por sua vez, na impugnação à contestação(fls. 216) insiste na negativa da Ré, afirmando que sequer o pedido de tomografia foi autorizado, anexando-o aos autos.*
>
> *A bem da verdade, caberia à Autora comprovar a alegada falta de autorização, uma vez que se afigura irrazoável impor à Ré a prova de fato negativo, e a negativa de autorização da tomografia, não leva à presunção de que o pedido de procedimento cirúrgico tenha sido negado.*
>
> *Por outro norte, de acordo com o relatório elaborado pelo médico que procedeu a cirurgia de retirada do tumor, Dr. Otávio Braga, a orientação da Dra. Patrícia foi no sentido da necessidade de transferência da paciente, por falta de recursos materiais em Dourados:*
>
> *A Dra. Patrícia Teixeira entrou em contato conosco, em São Paulo, para encaminhar o caso, para retirada do tumor. Referia ela que por falta de microscópio e de uma UTI pediátrica seria melhor realizar a operação conosco em S. Paulo. O pós operatório poderia ser complicado (fls. 25/26).*
>
> *A Ré não impugnou a alegação da médica, Dra. Patrícia Teixeira, no sentido de ausência de condições materiais para realização do procedimento em Dourados, ônus que lhe cabia, tendo em vista a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor.*
>
> *A única afirmação da Ré quanto à realização desse tipo de procedimento em Dourados, diz respeito ao seu custo quando afirmou "cirurgias similares a esta, já foram realizadas em Campo Grande e Dourados, sendo o custo bastante reduzido"(fls. 136).*
>
> *Diante da ausência de impugnação da Ré, restou incontroverso, que o procedimento necessário à recuperação da paciente não poderia ser feito em Dourados, por falta de recursos materiais(microscópio e UTI pediátrica), o que colocaria em risco a vida da paciente.*
>
> *Destaque-se que Campo Grande não estava incluída na área de abrangência do contrato(fls. 16), motivo pelo qual, não poderia a Ré alegar que o procedimento poderia ser lá executado.*

Conquanto não haja qualquer ilegalidade na cláusula de limitação da área geográfica de abrangência de cobertura, é certo que não pode essa cláusula prevalecer quando dentro da área estabelecida no contrato, não for possível a realização do procedimento necessário.

(...)

A própria Lei 8.656/98 prevê a possibilidade de afastamento da cláusula de limitação da área de abrangência, quando prevê o direito ao reembolso de despesas feitas fora da área:

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

(...)

VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1 o do art. 1 o desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada;

Neste diapasão, devido o reembolso à Autora dos valores gastos com a cirurgia de sua filha no Estado de São Paulo, diante da emergência, além de que restou comprovado que não havia atendimento na área de cobertura do plano convencionado. (...)"

Portanto, se a apelante não comprova que o procedimento cirúrgico realizado na filha da recorrida em hospital não credenciado e fora da área de abrangência geográfica poderia ter sido realizado em nosso Estado por médicos credenciados da Unimed Dourados e, estando demonstrado a urgência e emergência da situação; a indisponibilidade do tratamento ou procedimento nos hospitais credenciados, cumpre ao plano de saúde custear o procedimento, pouco importando, no caso em apreço a recusa, pois ela mesma confessa que a segunda cirurgia era de cunho eletivo e que estando no prazo de carência, não cobriria.

Quanto ao reembolso das passagens aéreas, entendo que devem ser mantidas, isso porque, o contrato entabulado entre as partes prevê benefícios especiais, tais como, o serviço de Unimed Air (f. 18) e, assim, constatada a gravidade no estado de saúde da filha da recorrida necessitando de remoção para a realização de cirurgia urgente e emergencial no Estado de São Paulo, por certo que tais despesas devem ser reembolsadas, na forma como delineada na sentença recorrida.

Por fim, afasta-se a aplicação dos índices da tabela de reembolso (artigo 12, VI, da Lei n.º 9.656/98), porque resultaria na redução ilegítima do patrimônio da consumidora, já que os valores gastos para a efetivação da cirurgia em outro Estado da Federação não são iguais àqueles ofertados pelo mercado para aquisição pelos planos de saúde.

Ademais, a negativa, considerada ilícita ou indevida, importa no dever de reparação do dano na sua integralidade na forma da Lei Civil e não segundo as regras estatutárias do plano de saúde.

Nesse sentido:

> *CONSUMIDOR. PLANO DE ASSISTÊNCIA A SAUDE. EXAMES MÉDICOS. INJUSTIFICADA RECUSA DE COBERTURA. REEMBOLSO DO VALOR VERTIDO PELO BENEFICIÁRIO. 1. “”aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde””. Súmula nº 469 do STJ. 2. Evidenciada a recusa injustificada de cobertura do exame médico, deve ser confirmada a sentença que condenou o plano de saúde a reembolsar o valor vertido pelo consumidor. 3. Se a operadora do plano de saúde nega a cobertura do procedimento médico impedindo o uso da rede credenciada, é extemporânea a tentativa de promover o reembolso tabelado, devendo restituir o valor integral pago pelo consumidor. 4. Recurso conhecido e não provido. 5. Confirmo por seus próprios fundamentos a sentença recorrida, nos termos do artigo 46 da Lei nº 9.099/95. 6. Condeno o recorrente ao pagamento das custas e honorários fixados em 10% do valor da condenação.* (TJ-DF; Rec 2013.01.1.041565-2; Ac. 759.000; Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal; Relª Juíza Edi Maria Coutinho Bizzi; DJDFTE 27/02/2014; Pág. 264) (grifei)

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PLANO DE SAUDE. CASSEMS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 12, VI, DA LEI FEDERAL N. 9.656/98. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAR. AUSÊNCIA DE JUNTADA DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO DE VALORES DESEMBOLSADOS NA MODALIDADE INTEGRAL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. INOCORRÊNCIA DE RECUSA INJUSTIFICADA. INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DE CLÁUSULA CONTRATUAL. NÃO COLOCAÇÃO DA VIDA DO PACIENTE EM RISCO OU AGRAVAMENTO DAS CONDIÇÕES DE SAÚDE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado e por profissional não credenciado é admitido apenas em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência ou emergência da internação). Precedentes do STJ. 2. Não há violação ao artigo 12, VI, da Lei n. 9.656/98 se a própria administradora do plano de saúde não cumpriu com seu dever de informação a respeito das condições de reembolso, deixando de juntar aos autos os documentos indispensáveis (contrato, termo de adesão, tabela de percentuais devidos) para demonstrar o fato modificativo do direito do autor. 3. Devem ser consideradas abusivas, nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas restritivas de direito que não são redigidas de forma adequada, clara e destacada. 4. Não há dano moral devido se não houve recusa injustificada por parte da administradora de plano de saúde, mormente se a controvérsia traçada nos autos resumiu-se à interpretação do contrato de assistência à saúde, não tendo o ato gerado risco de vida ao paciente ou agravamento de suas condições de saúde.* (TJ-MS; APL 0802036-98.2012.8.12.0018; Paranaíba; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; DJMS 18/02/2014; Pág. 15) (grifei)

> *RECURSO INOMINADO. AÇÃO REPARATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO. IMPOSSIBILIDADE DE INDICAÇÃO DE OUTRO PROFISSIONAL, PORQUANTO SE TRATAVA DE UM PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DEVER DE RESSARCIR INTEGRALMENTE OS VALORES PAGOS PELA PARTE AUTORA. 1. O vínculo entre o beneficiário de plano de saúde e a entidade operadora/administradora do plano de assistência é de natureza consumerista, ante a vulnerabilidade existente. Essa é a inteligência do disposto no artigo 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. 2. Inexistem razões para a negativa administrativa de cobertura pelo plano de saúde, porquanto a autora, na qualidade de segurada, comprovou a urgência da cirurgia realizada pelo médico não credenciado. 3. Como destacado na sentença, nada nos autos indica que a autora estava ciente e de acordo em que o reembolso atingiria a proporção posta em tabela e que se revelou irrisória (menos de 1/5) em relação*

> *à despesa. 3. Dessa forma, portanto, devida a restituição do valor integral pago pela parte demandante no procedimento cirúrgico. 4. Sentença mantida pelos seus próprios fundamento. Recurso improvido.* (TJ-RS; RecCv 39129-65.2013.8.21.9000; Porto Alegre; Primeira Turma Recursal Cível; Rel. Des. Roberto José Ludwig; Julg. 18/02/2014; DJERS 21/02/2014) (grifei)

Desse modo, considerando que a primeira e a segunda cirurgia da filha da recorrida foram de emergência e tendo o plano de saúde se recusado a custear as despesas oriundas do segundo procedimento cirúrgico, faz jus a recorrida ao reembolso dos valores despendidos, conforme assentado no *decisum* objurgado, já que inexistente recurso da parte adversa.

Do prequestionamento

A apelante pleiteia pelo prequestionamento expresso de todas as matérias de ordem constitucional e infraconstitucional para fins de interposição de eventual recurso extremo às cortes superiores. Porém, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, não há necessidade de manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados.

Conclusão:

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

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, 22 de maio de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0010163-12.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – LIMITAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE SESSÕES DE RADIOTERAPIA – CLÁUSULA ABUSIVA – NEGATIVA DA PRESTAÇÃO DE TRATAMENTO NA FORMA COMO NECESSITA A AUTORA/APELADA, PORTADORA DE NEOPLASIA MALIGNA DE MAMA – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

A cláusula contratual que limita o tratamento radioterápico é abusiva e, portanto, nula de pleno direito, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada e restringindo direitos inerentes à natureza do contrato.

Situação que acarretou profundo abalo psicológico e agrava a situação de angústia e aflição, gerando dano moral passível de indenização.

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, 22 de maio de 2014.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Unimed Campo Grande – MS Cooperativa de Trabalho Médico interpõe recurso de apelação, contra decisão de 1º Grau que julgou procedente a ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada por Lucimar Martins Bloch.

A apelada/consumidora/beneficiária, foi diagnosticada com câncer de mama e está sob tratamento radioterápico. O tratamento proposto pela médica totaliza 130 campos, porém foram disponibilizados apenas 120 campos pela apelante, a qual afirma que esta quantidade já ultrapassa do limite (20 campos) firmado no contrato com a apelada.

Nesse contexto, a requerente argumenta que a recorrida possui limitações contratuais legais e expressas, uma vez que é beneficiária de um plano não regulamentado, firmado em 26/11/1993 (antes da vigência da Lei nº 9.656/98).

Sendo assim, entende inexistente qualquer tipo de abusividade de sua parte, visto que a apelada é beneficiária de um plano não regulamentado, mesmo tendo optado conscientemente por permanecer com o antigo plano, de acordo com seus interesses, não cabendo então indenização por danos morais, ou que seja realizada ao menos a redução destes.

Ao final, pede o conhecimento e provimento do recurso para ver deferida ambas as indenizações e prequestiona a matéria.

Contrarrazões às fls. 272/288.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Unimed Campo Grande – MS Cooperativa de Trabalho Médico em face da sentença proferida pelo juízo da 5ª Vara Cível, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais que lhe move Lucimar Martins Bloch.

A apelada/consumidora/beneficiária, foi diagnosticada com câncer de mama e está sob tratamento radioterápico. O tratamento proposto pela médica totaliza 130 campos, porém foram disponibilizados apenas 120 campos pela apelante, a qual afirma que esta quantidade já ultrapassa do limite (20 campos) firmado no contrato com a apelada.

Nesse contexto, a requerente argumenta que a recorrida possui limitações contratuais legais e expressas, uma vez que é beneficiária de um plano não regulamentado, firmado em 26/11/1993 (antes da vigência da Lei nº 9.656/98).

Sendo assim, entende inexistente qualquer tipo de abusividade de sua parte, visto que a apelada é beneficiária de um plano não regulamentado, mesmo tendo optado conscientemente por permanecer com o antigo plano, de acordo com seus interesses, não cabendo então indenização por danos morais, ou que seja realizada ao menos a redução destes.

1. Da Obrigação de Fazer:

Unimed Campo Grande - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., em recurso de apelação, afirma que agiu em conformidade com o disposto em contrato entabulado entre as partes, sendo inexistente qualquer tipo de abusividade ou ilegalidade.

A recusa da recorrente em fornecer o medicamento se baseia na cláusula VI do contrato em comento (f. 113/121), que dispõe o seguinte:

> *"CLÁUSULA VI – SERVIÇOS ASSEGURADOS (ASSISTÊNCIA MEDICO-HOSPITALAR E SERVIÇOS AUXILIARES DE DIAGNÓSTICO E TERAPIA)*
>
> *6.3 – A UNIMED assegura aos usuários, nos termos deste contrato, os seguintes serviços auxiliares de diagnóstico e terapia:*
>
> *q) quimioterapia (até 20 (vinte) sessões por usuário/ano)*
>
> *r) radioterapia (até 20 (vinte) sessões por usuário/ano)"*

Contudo, em se tratando de contrato de adesão e sendo a relação de consumo regida pelo CDC, é certo que as cláusulas que limitam ou excluem direitos do consumidor devem ser redigidas de forma clara e, ainda, de acordo com o artigo 47 do CDC devem ser interpretadas da forma que for mais favorável ao consumidor.

Nesse sentido, colhe-se a jurisprudência desta Corte:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA C/C COBRANÇA – PLANO DE SAÚDE – NÃO-COBERTURA DE SESSÕES DE QUIMIOTERAPIA – PROCEDIMENTO INDISPENSÁVEL AO TRATAMENTO DA AUTORA-APELADA – CLÁUSULA ABUSIVA NOS TERMOS DO ARTIGO 51, IV, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – REEMBOLSO DOS VALORES PAGOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. "Ainda que o contrato de plano de saúde tenha sido firmado anteriormente à edição da Lei n. 9.656/98, isso não impede a sua análise em consonância com as diretrizes do CDC. As cláusulas contratuais do plano de saúde que excluem ou limitam sessões de quimioterapia, sendo tais procedimentos indispensáveis ao tratamento de doença acometida pela segurada, são abusivas."* (AC-2006.014654-8, Rel. Des. João Maria Lós. 1ª Turma Cível, j. 11.6.2008).

De fato, havendo previsão contratual específica para a cobertura de tratamentos e procedimentos ambulatoriais incluindo a quimioterapia e radioterapia, é inviável o acolhimento da pretensão da apelante, no que diz respeito a legalidade de sua conduta.

A propósito, colhe-se da jurisprudência:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C TUTELA ANTECIPADA. PLANO DE SAÚDE UNIMED. [...] INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUTORA PORTADORA DE NEOPLASIA DE MAMA. INDICAÇÃO MÉDICA DE PROCEDIMENTO QUIMIOTERÁPICO COM USO DE "TAXOL" E "CARBOPLATINA". NEGATIVA DE COBERTURA SOB A JUSTIFICATIVA DE QUE O TRATAMENTO POSSUI CARÁTER EXPERIMENTAL. AUSÊNCIA DE PROVA. ÔNUS DA ADMINISTRADORA DO PLANO DE SAÚDE (ART. 333, II, DO CPC). CLÁUSULA CONTRATUAL EXPRESSA QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE QUIMIOTERAPIA. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 47 DO CDC. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO* (Ap. Cív. n. 2008.061956-6, de Blumenau, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 17-2-2011).
>
> *Assim, à luz do Código Consumerista, deve-se adotar na interpretação das cláusulas contratuais a mais favorável ao consumidor, consoante o artigo 47 da Lei n. 8.078/1990.*
>
> *Ainda, segundo regra insculpida no artigo 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas que impliquem limitações ao direito do consumidor devem ser redigidas de forma expressa, inviabilizando novamente o pleito da operadora do plano, por não existir tal vedação.*
>
> *Dessa forma, entender que a espécie está contida no gênero, além de interpretação lógica da questão controvertida, é imperativo a ser adotado em virtude da proteção ao consumidor.*
>
> *Segundo a boa-fé que deve pautar as relações de consumo, intolerável obstar a consecução de um procedimento previsto, por meio da exclusão de outro que se mostra*

essencial a este. Esta é a lição de Rizzatto Nunes ao comentar sobre a boa-fé e as cláusulas abusivas nas relações de consumo:

> *"O inciso III aponta a harmonização dos interesses dos partícipes das relações de consumo, que, tem fundamento nos princípios maiores da isonomia e solidariedade. Essa harmonização nasce, então, fundada na boa-fé e no equilíbrio. [...]. A boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, [...], como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. [...] A boa-fé objetiva funciona, então, como um modelo, um standart, que não depende de forma alguma da verificação da má-fé subjetiva do fornecedor ou mesmo do consumidor. Assim, quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. [...] O princípio da boa-fé estampado no art. 4º da lei consumerista tem, então, como função viabilizar os ditames constitucionais da ordem econômica, compatibilizando interesses aparentemente contraditórios, como a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico* (Comentários ao código de defesa do consumidor. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129-130)*."*

Portanto, correta a decisão *a quo* que compeliu a apelante a custear o tratamento da apelada.

2. Dos Danos Morais:

No que tange os danos morais, aduz a apelante inexistir o dever de indenizar, posto que negativa de cobertura do tratamento em questão fora embasada no estrito cumprimento das cláusulas contratuais.

Entretanto, a meu ver, o dano moral *in casu* restou plenamente configurado no momento em que a apelante recusou cobertura ao tratamento indispensável à recuperação da saúde da apelada, sendo evidente que a doença que a acomete, qual seja, câncer de mama, trata-se de enfermidade grave e de alto índice de reincidência, que sujeita a pessoa doente a situação de dor, aflição e fragilidade. Ademais, por consequência, acarreta profundo abalo psicológico e agrava a situação de angústia, gerando dano moral passível de indenização.

Consoante vem decidindo reiteradamente a Corte Superior, *"conquanto a jurisprudência do STJ seja no sentido de que o mero inadimplemento contratual não ocasiona danos morais, esse entendimento deve ser excepcionado nas hipóteses em que da própria descrição das circunstâncias que perfazem o ilícito material é possível se verificar consequências de cunho psicológico que são resultado direto do inadimplemento. - A recusa indevida à cobertura médica ocasiona danos morais, pois agrava o contexto de aflição psicológica e de angústia sofrido pelo segurado. (...)"* (RESP 107230//RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 25.05.2010.), exatamente como é o caso dos autos.

Assim, tenho como inegável o dever de indenizar da apelante.

Ainda, menciono os ensinamentos da ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz, de que *"o direito não repara a dor, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente*."[1]

No que diz respeito ao pedido de redução do valor da indenização por danos morais, fixada pelo julgador de 1° grau em R$ 4.000,00 (quatro mil reais), vejo que, igualmente, não há motivos para modificar da decisão atacada.

1 Diniz, Maria Helena - Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil, São Paulo: Saraiva, 1984, v. 7, p. 75

Ao fixar o *quantum* indenizatório (danos morais), o critério a ser utilizado deve ser a conjugação da moderação com a razoabilidade, significa dizer, que hão de ser consideradas as condições econômicas das partes, com as peculiaridades do caso trazido à análise. De forma a não haver o enriquecimento do ofendido, mas também deve servir como um desestímulo ao ofensor na repetição do ato causador do dano.

Com efeito, somente cabe a alteração do *quantum* indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça.

> *"CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO NO SERASA. DANO MORAL. RESSARCIMENTO. VALOR. REDUÇÃO.*
>
> *I. A indenização por dano moral deve ser fixada de modo razoável, evitando-se excesso que cause enriquecimento sem causa, por sua incompatibilidade com a lesão sofrida.*
>
> *II. Recurso especial conhecido e parcialmente provido."*
>
> (RESP 754.806/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 09.05.2006, DJ 26.06.2006 p. 166)

A professora Maria Helena Diniz, citada na obra de Carlos Roberto Gonçalves, sobre a fixação dos danos morais**,** expressa que:

> *"Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom-senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa e ao nível sócio-econômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso sub examine".* (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8ª edição. Editora Saraiva, 2003).

Pois bem, no caso em tela ainda deve ser levado em consideração o o fato da apelada/autora estar passando por uma situação delicada, com problemas de saúde, em tratamento de uma doença de tamanha gravidade (câncer), ao ver negado pelo plano de saúde o tratamento de que necessitava, na forma prescrita por seu médico.

Assim, entendo que o recurso merece ser desprovido neste ponto e que o valor dos danos morais fixados na sentença deve ser mantido.

3. Do Prequestionamento:

No que diz respeito ao prequestionamento realizado pela apelante, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca do dispositivo legal invocado.

Conclusão:

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pela Unimed – Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médico Ltda, 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

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, 22 de maio de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0804460-33.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES E PEDIDO DE LIMINAR – ATRASO NA ENTREGA DE CHAVES DO IMÓVEL – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APLICÁVEL AO CASO – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – FALTA DE HABITE-SE – RISCO DA ATIVIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DE FORÇA MAIOR – LUCROS CESSANTES – PAGAMENTO DE ALUGUÉIS APÓS PERÍODO DE TOLERÂNCIA ACORDADO ENTRE AS PARTES – POSSIBILIDADE – MULTA COMINATÓRIA – POSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSÁRIO – 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, 24 de abril de 2014.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Prime Incorporações e Construções e MRV Engenharia e Participações S/A interpõem recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 11ª Vara Cível Residual que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e lucros cessantes e pedido de liminar proposta por Diana Caroline Farrelhi da Silva, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais condenando as requeridas a entregarem à autora, no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado da sentença, o imóvel por ela adquirido, sob pena de multa de R$ 1.000,00, até o limite de 30 dias; condenou ainda, ao pagamento do valor despendido com o pagamento de aluguéis pela autora, a contar a partir do termo final da data de tolerância de 180 dias da entrega do imóvel (janeiro/2013) até a data da efetiva entrega das chaves do imóvel, a ser calculado em fase de liquidação de sentença, sendo que referido valor dos aluguéis deverá ser identificado através de perícia, observando os padrões do mercado imobiliário e, por último, condenou ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários sucumbenciais, fixados em R$ 1.000,00, nos termos do art. 20, §3º, do CPC.

Em suas razões afirmam que o contrato firmado entre as partes não é regido pelo Código de Defesa do Consumidor e sim pelo Código Civil, tendo sido celebrado com o livre consentimento das partes, respeitando todos os Princípios que norteiam a relação civil. Afirmam que o atraso na entrega das chaves se deu em decorrência da falta do habite-se fornecido pela Prefeitura, ou seja, motivo de força maior,

assim, não podem ser condenados a pagar qualquer tipo de indenização, devendo ser afastada a aplicação de multa. Com isso, prequestionando os dispositivos elencados no recurso, buscam o seu conhecimento e provimento, para ver reformada a sentença de primeiro grau.

Sem contrarrazões, conforme certidão de fls. 192.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Prime Incorporações e Construções e MRV Engenharia e Participações S/A interpõem recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 11ª Vara Cível Residual que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e lucros cessantes e pedido de liminar proposta por Diana Caroline Farrelhi da Silva, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais condenando as requeridas a entregarem à autora, no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado da sentença, o imóvel por ela adquirido, sob pena de multa de R$ 1.000,00, até o limite de 30 dias; condenou ainda, ao pagamento do valor despendido com o pagamento de aluguéis pela autora, a contar a partir do termo final da data de tolerância de 180 dias da entrega do imóvel (janeiro/2013) até a data da efetiva entrega das chaves do imóvel, a ser calculado em fase de liquidação de sentença, sendo que referido valor dos aluguéis deverá ser identificado através de perícia, observando os padrões do mercado imobiliário e, por último, condenou ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários sucumbenciais, fixados em R$ 1.000,00, nos termos do art. 20, §3º, do CPC.

Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Em suas razões afirmam que o contrato firmado entre as partes não é regido pelo Código de Defesa do Consumidor e sim pelo Código Civil, tendo sido celebrado com o livre consentimento das partes, respeitando todos os Princípios que norteiam a relação civil.

Pois bem. Quanto à questão posta nos autos, é indiscutível que a relação travada entre os litigantes recebe o amparo e deve obediência aos regramentos do Código de Defesa do Consumidor. É o que se denota do § 2º do artigo 3º do referido diploma, que define como fornecedora a empresa prestadora de serviços, *in verbis:*

> *"Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*
>
> *§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".*

Na hipótese vertente, considerando ser de adesão o contrato firmado entre as partes protagonistas, já que evidente ter sido elaborado e impresso unicamente pelas recorrentes, com a imposição das cláusulas contratuais definidas, é inconteste que a autora/recorrida não teria condições de modificar, muito menos discutir o conteúdo do aludido contrato, seja pelas características de adesão mencionadas (artigo 54 do CDC), seja pelas condições de consumidora, fato este que representa prática abusiva, definida no artigo 39 da Legislação Consumerista.

Insta consignar que o Princípio do *pacta sunt servanda* não deve ser óbice ao desenvolvimento justo da sociedade, porque a nova ordem jurídica e social exige a busca do nivelamento dos contratantes, o qual nem sempre ocorre desde o início da avença e sem a intervenção jurisdicional.

E, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor passou a priorizar o interesse público e o bem comum, os Princípios da Autonomia da Vontade, Intangibilidade e Força Obrigatória, não se encontram mais revestidos de caráter absoluto.

Assim, entendo como aplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso em estudo, afastando a alegação das recorrentes.

Da exclusão da culpa – ausência de "habite-se", multa e danos materiais (pagamento dos aluguéis)

Afirmam que o atraso na entrega das chaves se deu em decorrência da falta do *habite-se* fornecido pela Prefeitura, ou seja, motivo de força maior, assim, não podem ser condenados a pagar qualquer tipo de indenização, devendo ser afastada a aplicação de multa.

Ab initio, sobre caso fortuito ou força maior, nos ensina Arnaldo Rizzardo:

> *"Necessário caracterizar, primeiramente, as expressões 'caso fortuito' e 'força maior', para chegar-se às situações em que o devedor se exime do adimplemento.*
>
> *Segundo defendem alguns e acontece na prática, as expressões se equivalem ou são sinônimas sob os aspectos das consequências jurídicas. Elas aparecem, geralmente, juntas. A sinonímia deriva de um caráter comum a ambas, que é a inevitabilidade do evento.*
>
> *(...) Modernamente, diz, o caso fortuito está relacionado a um impedimento com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto que a força maior é um acontecimento externo. Se a responsabilidade do devedor fundar-se no risco, o simples caso fortuito não o exonerará. Necessário se verifique a força maior, que pode se denominar caso fortuito externo. Então afastam da responsabilidade a culpa da vítima, as ordens de uma autoridade, os fenômenos naturais, como um raio, um terremoto, a guerra, etc."*
>
> *(...) Vários elementos devem estar presentes para a configuração do caso fortuito, ou força maior, segundo descreve Washington de Barros Monteiro, em doutrina que mantém a atualidade, porquanto não modificados os princípios estruturais do caso fortuito ou força maior pelo Código de 2002:*
>
> *a) O fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor... Se há culpa, não há caso fortuito, e reciprocamente, se há caso fortuito, não pode haver culpa do devedor. Um exclui o outro. Por exemplo, um incêndio pode caracterizar o caso fortuito, mas se para ele concorreu com culpa o devedor, desaparece a força liberatória;*
>
> *b) O ato deve ser superveniente e inevitável. Nessas condições, se o contrato vem a ser celebrado durante uma guerra, não pode o devedor alegar depois as dificuldades oriundas dessa mesma guerra para furtar-se às suas obrigações;*
>
> *c) Finalmente, o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano. Desde que não pode ser removido pela vontade do devedor, não há que se cogitar da culpa deste pela inexecução da obrigação." (Contratos. Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 10ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 2010. Pgs. 26/29) (negritei)*

Colhe-se dos autos que as recorrentes firmaram um contrato de compra e venda com a apelada, se responsabilizando em entregar um imóvel em data determinada e deixaram de cumprir o avençado.

Ora, o descumprimento do contrato não pode simplesmente ser justificado pela ausência de um documento emitido pela Prefeitura Municipal, isto porque, trata-se de risco inerente da atividade exercida pelas apelantes, sendo assim, deveriam ter previsto possível atraso quando da contratação e fixação do prazo de entrega.

Desta forma, não tendo as recorrentes demonstrado fato constitutivo de seu direito ou impeditivo da apelada, conforme determina o art. 333, do CPC, não há que se falar em excludente de responsabilidade.

No tocante à multa diária, o *códex processual*, entre outras medidas coercitivas, atribuiu ao juiz a faculdade de impor multa cominatória (astreinte) em desfavor do devedor (ainda que se trate da Fazenda Pública), tendo por escopo inibir o descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer (fungíveis ou infungíveis) ou de entregar coisa, sendo certo que a aludida pena pecuniária incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância.

A propósito:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. MULTA. CABIMENTO. PRECEDENTES. (...) 3. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que é possível ao juiz, ex officio ou por meio de requerimento da parte, a fixação de multa diária cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer. Precedentes. 4. Incidência da Súmula nº 83/STJ, em face da orientação pacificada desta Casa Julgadora sobre o tema. 5. Agravo regimental não provido."* (AgRg no RESP 718011/TO Relator: Ministro JOSÉ DELGADO - Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento: 19/04/2005 - Data da Publicação/Fonte: DJ 30.05.2005 p. 256). Fonte: site www.stj.gov.br.)

Diante disso, não há que se falar em exclusão da multa, uma vez que somente será paga, em caso de descumprimento da ordem judicial.

Quanto ao pedido de revogação da determinação ao pagamento de aluguéis referentes ao período de atraso na entrega do imóvel, tenho que merece ser julgado improcedente, isto porque, o magistrado determinou o pagamento mediante comprovação e realização de perícia em fase de liquidação de sentença, ou seja, nada será pago pelas recorrentes se não restar devidamente comprovado.

Neste sentido:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. PAGAMENTO DE ALUGUÉIS PELA CONSTRUTORA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 273, CPC. Estando presentes os requisitos elencados no artigo 273, da legislação processual civil, deve a tutela antecipada ser deferida. São devidos os valores dos aluguéis gastos pela parte em decorrência do atraso na entrega do imóvel, porém estes ficam limitados à importância comprovadamente despendida."* (TJ-MG; AGIN 1.0024.13.079352-4/001; Rel. Des. Alexandre Santiago; Julg. 04/12/2013; DJEMG 10/12/2013) CPC, art. 273
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. MULTA PROCEDENTE. LOCATIVOS. SENTENÇA MANTIDA. O atraso na entrega das chaves, de um ano, autoriza o pagamento da multa contratual, bem como dos aluguéis desembolsados pela parte autora que, diante da demora, teve que locar outro bem durante o período. Sentença mantida. Apelo desprovido. Unânime."* (TJ-RS; AC 361125-32.2013.8.21.7000; Cachoeirinha; Décima Oitava Câmara Cível; Relª Desª Elaine Maria Canto da Fonseca; Julg. 12/12/2013; DJERS 18/12/2013)

Prequestionamento expresso

Ao final, prequestionando os dispositivos elencados no recurso, buscam o seu conhecimento e provimento, para ver reformada a sentença de primeiro grau.

Rejeito o requerimento de prequestionamento expresso dos dispositivos mencionados, visto o enfrentamento aberto de todas as matérias tratadas pelas recorrentes, o que torna dispensáveis maiores considerações acerca das teses levantadas, bem como manifestação numérica dos artigos de lei invocados, como entende esta Corte:

> *"APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO C/C REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS PERMISSÃO DE COBRANÇA DOS JUROS REMUNERATÓRIOS DE ACORDO COM A TAXA MÉDIA DE MERCADO OBTIDA NO BANCO CENTRAL DO BRASIL AFASTADA A CAPITALIZAÇÃO MENSAL, DADA A AUSÊNCIA DE CLÁUSULA EXPRESSA NESSE SENTIDO MANTIDA A CAPITALIZAÇÃO ANUAL IMPOSSIBILIDADE DA COBRANÇA DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA CUMULADA COM OUTROS ENCARGOS SE RECONHECIDA NULIDADE DE ALGUM ENCARGO, POSSÍVEL A RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO DESNECESSIDADE RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 5- Se foram as razões do recurso minuciosamente apreciadas e julgadas, desnecessária se torna a manifestação expressa dos dispositivos legais invocados, a título de prequestionamento."* (Quinta Turma Cível - Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2010.002231-3/0000-00 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva)

Dispositivo

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações, portanto, conheço do recurso, contudo, 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, 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. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 24 de abril de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0008083-75.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA - COBERTURA SECURITÁRIA - CONDUTOR NÃO HABILITADO - DANO MORAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A falta de habilitação, por si só, não constitui causa de exclusão da cobertura securitária, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu decisivamente na ocorrência do sinistro.

O mero descumprimento de cláusula contratual não gera indenização por dano moral.

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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de junho de 2014.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Aparecida Pacheco Barea interpõe apelação (f. 176-85) contra sentença (f. 166-71) que, na ação de indenização por danos materiais e morais movida em face de HDI Seguros S.A., julgou improcedentes os pedidos que visavam a condenação da recorrida ao pagamento de seguro relativo aos danos decorrentes de acidente de trânsito. Sucumbência pela recorrente com honorários fixados em R$ 800,00, ressalvado o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

Alega que: i) embora o veículo estivesse sendo conduzido por seu filho sem habilitação quando da colisão, ele não deu causa ao acidente; ii) não houve má-fé de sua parte ao deixar de informá-lo como condutor quando da contratação do seguro, pois ela e o seu marido é que o utilizam diariamente, e naquele dia eventualmente o filho estava dirigindo, sendo que esta circunstância esporádica não contribuiu para o agravamento do risco; iii) não tinha ciência da cláusula limitativa de indenização, pois não recebeu a apólice; iv) faz jus aos danos materiais e morais. Ao final, prequestionando a matéria, requer o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 190-8, nas quais suscita preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, pugna pelo improvimento do apelo.

VOTO

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

Revelam os autos que no dia 05/08/2011, o filho da recorrente conduzia o veículo Fiat/Pálio pela rua Rio Dourado quando ocorreu a colisão com a motocicleta que vinha pela Rua Fátima do Sul, causando-lhe danos materiais.

A apelante, beneficiária da apólice de seguro 01.050.431.262940 (f. 86), ajuizou ação pleiteando a indenização securitária, bem como danos morais em face da negativa de pagamento do prêmio pela seguradora em virtude de o condutor não ter habilitação, tendo a pretensão sido julgada improcedente, da qual se insurge com as razões relatadas.

Preliminar em contrarrazões suscitada pela Seguradora

Não prospera a arguição, uma vez que as razões recursais atendem perfeitamente ao princípio da dialeticidade, pois a recorrente declinou os motivos pelos quais a sentença deve ser reformada, inclusive a irresignação quanto à fixação dos honorários, de modo de que deve ser conhecido.

Assim, voto por se afastar a prefacial.

Mérito

Assiste-lhe parcial razão.

A questão cinge-se a analisar se o fato de o condutor não possuir habilitação na ocasião do acidente é capaz de descaracterizar a responsabilidade da seguradora pela cobertura do evento em que se envolveu o veículo segurado.

O artigo 757 do Código Civil estabelece *Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.*

O segurador só poderá, em tese, recusar o pagamento se provar que o sinistro se deu em virtude de dolo ou má-fé do segurado, fato que não restou demonstrado no caso presente.

Isso porque a recorrente juntou com a inicial a comunicação de sinistro (f. 27), no qual consta que o condutor (filho dela) utilizou o veículo sem consentimento e ou conhecimento dos proprietários, seus genitores.

Acresça-se que, na impugnação à contestação, ela afirmou ser a condutora principal e que o utilizava diariamente, sendo o episódio em que seu filho pegou o carro um fato isolado e excepcional, aliás, ressaltou que é exatamente para se precaver destas excepcionalidades que o seguro é contratado (f. 153, v).

Saliente-se que a seguradora não se preocupou em descaracterizar esse fato, de modo que, por se tratar de relação jurídica regida pelo Código de Defesa do Consumidor, a interpretação de fatos conflitantes deve ser realizada de forma mais benéfica ao consumidor.

A falta de habilitação constitui infração administrativa, e por si só, não autoriza a negativa à cobertura securitária, até porque não se comprovou que a apólice contendo a cláusula limitativa foi enviada à segurada.

Também não há falar em culpa do condutor, pois, pelo relatório de trânsito e croqui (f. 18 e 24), verifica que a colisão ocorreu no cruzamento entre ruas sem sinalização e que ele provinha pela direita quando foi abalroado pelo motociclista que vinha pela sua esquerda.

Assim, tem-se por demonstrado que o fato de o condutor não ter habilitação para conduzir veículo não contribuiu para a ocorrência do sinistro.

Em caso semelhante:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA – INDENIZAÇÃO POR MORTE ACIDENTAL – FALTA DE HABILITAÇÃO DO MOTORISTA – DESNECESSIDADE – PAGAMENTO DEVIDO – IMPROVIDA.*
>
> *Não exclui a responsabilidade de pagar o seguro o fato de o segurado dirigir sem habilitação.* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2002.010489-2/0000-00 - São Gabriel do Oeste, T. 4ª, 17/12/2002, Rel. Des. Rêmolo Letteriello).
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA OU INFLUÊNCIA DA PROVA DE EMBRIAGUEZ PARA O JULGAMENTO DA LIDE – PRELIMINAR REJEITADA – ACIDENTE DE TRÂNSITO – SEGURO DE VIDA – FALTA DE HABILITAÇÃO E EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR – IRRELEVÂNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *(...). A embriaguez e a falta de habilitação do condutor do veículo, por si só, não são causas objetivas que excluem a responsabilidade da seguradora em indenizar, mormente em se tratando de acidente automobilístico que ocasionou a morte do segurado, sem constatação de estado etílico no laudo de corpo de delito.* (Apelação Cível - Ordinário - n. 2005.008768-1/0000-00 - Rio Negro, t. 5ª, J. 18/9/2008, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva).

Saliente-se que o Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, entende que para descaracterizar o direito de indenização é necessário restar demonstrado que o fato apontado como excludente da cobertura foi condição determinante para a ocorrência do sinistro.

> *SEGURO. EMBRIAGUEZ. EXCLUSÃO. COBERTURA. VERIFICAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. CLÁUSULA CONTRATUAL. DESCABIMENTO.*
>
> *I - A embriaguez, por si só, não constitui causa de exclusão da cobertura securitária, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu, decisivamente, na ocorrência do sinistro. Precedentes.*
>
> *(...). (AgRg no REsp 637.240/SC, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 10/08/2006, DJ 11/09/2006 p. 252).*

Assim, a recorrente faz jus à indenização pleiteada, devendo a seguradora reembolsar o valor pago pelo conserto ou se, ainda não realizado, a providenciar o reparo, observando-se a franquia devida.

Relativamente ao carro reserva, a recorrente não faz jus, pois não comprova a contratação desse item (f. 86). Além disso, tanto pelo documento extraído do sítio da internet (f. 33) quanto das condições gerais (f. 102-3) consta que se constitui em cobertura acessória sendo devido apenas quando estiver contratado na apólice ou endosso.

Também não assiste razão quanto aos lucros cessantes, pois não há qualquer comprovação da existência de despesas com locação de veículo ou perdas relacionadas de sua atividade profissional.

O mesmo se diz com relação ao pretendido dano moral.

De efeito, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o inadimplemento contratual não gera danos morais, excepcionando as hipóteses em que da própria descrição das circunstâncias que perfazem o ilícito é possível extrair consequências sérias de cunho psicológico, o que não se verifica no caso concreto.

É que a negativa se deu com base em cláusula contratual e, apesar da ausência de prova do envio da apólice respectiva, o fato não se revela capaz de sustentar a condenação em dano moral, visto que não passa de mero aborrecimento.

A propósito:

> *PROCESSO CIVIL E CIVIL. SEGURO. DANO MORAL.DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE.*
>
> *1. O mero descumprimento de cláusula contratual não gera indenização por dano moral.*
>
> *(...). 3. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp 1136524/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 22/03/2011).

Conclusão

Diante do exposto, voto por se dar parcial provimento ao recurso para reformar parcialmente a sentença e condenar a seguradora no reembolso das despesas comprovadamente pagas corrigidas pelo IGPM/FGV a partir do pagamento e juros de mora de 1% ao mês desde a citação ou providenciar o conserto em oficina autorizada.

Sucumbência recíproca em 30% para a apelante e 70% para seguradora (art. 21, *caput,* do CPC) das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre a condenação, compensados a teor do artigo 306 do STJ, ressalvado o disposto do artigo 12 da Lei 1.060/50.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Juiz Vilson Bertelli e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 10 de junho de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0805359-62.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ABSTENÇÃO DO USO DA MARCA – MERA SEMELHANÇA DE GRAFIA E PRONÚNCIA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE – CONFUSÃO ENTRE OS CONSUMIDORES NÃO DEMONSTRADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A pequena similitude de grafia e pronúncia entre uma marca e outra não é suficiente para comprovar o uso indevido, causar confusão entre os consumidores, tampouco revela prática de concorrência desleal.

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, 13 de maio de 2014.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Serdil - Serviço Especializado em Radiodiagnóstico Ltda. interpõe apelação (f. 243-54) contra sentença (f. 210-25) que, na ação de abstenção de marca movida em face de Cerdil - Centro de Radiologia e Diagnósticos por Imagem Ltda., julgou improcedente o pedido que visava determinação para que a apelada se abstivesse do uso da marca. Sucumbência pela recorrente com honorários de R$ 5.500,00 (§§ 3º e 4º do art. 20, do CPC).

Sustenta que por atuar na área de radiologia e diagnóstico há 40 anos, com sede em Porto Alegre (RS) e ter registrado a marca "Serdil" junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) possui exclusividade para seu uso em todo o território nacional, estando a apelada, que atua no mesmo ramo e com sede em Dourados (MS), impedida de utilizar a marca e/ou nome empresarial semelhante "Cerdil", sob pena de confundir clientes, profissionais, entidades médicas, fornecedores em relação à identidade de cada uma das pessoas jurídicas.

Alega que a semelhança gráfica e fonética é muito relevante mormente porque atuam no mesmo setor. Invocando dispositivos legais (arts. 33 da Lei 8.934/94, 124 e 129 da Lei 9.279/96) e constitucionais (art. 5º, XXIX e XXXII), defende que tendo seu registro precedido ao da recorrida, possui direito à proteção da marca. Colaciona julgados em defesa de sua tese e, ao final, pede provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 259-79.

VOTO

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

A recorrente se insurge contra a sentença em que se julgou improcedente o pedido que objetivava obrigar a recorrida a abster do uso da marca "Cerdil".

Em que pesem seus argumentos, a sentença deve ser mantida.

A marca, como se sabe, recebe a proteção constitucional insculpida no art. 5º, que estabelece:

> *XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. (destacado)*

A respeito da questão, elucidativo o voto da Min. Nancy Andrighi no Resp 1.105.422, do qual se extrai o seguinte trecho:

> *(...) 4. A finalidade da proteção ao uso das marcas - garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CF/88 e regulamentada pelo art. 129 da LPI - é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art.4º, VI, do CDC). (...)*

Portanto, a finalidade é garantir ao proprietário seu uso exclusivo protegendo-o do proveito econômico parasitário e, de outro lado, proteção ao consumidor.

Na hipótese, a recorrente tem como marca Serdil - Serviços Especializados em Radiodiagnóstico Ltda. e a recorrida Cerdil - Centro de Radiologia e Diagnósticos por Imagem S/S LTDA.

Apesar de haver semelhança gráfica e fonética com atuação no mesmo campo, verifica-se que os elementos gráficos são muito diferentes, de modo que não se evidencia possibilidade de erro ou confusão entre clientes, fornecedores e outros profissionais.

Com efeito, a primeira se intitula Serdil, iniciando-se com "S" por se referir a serviços e segunda com a letra "C" de Cerdil relativa a centro. Além disso, em análise dos documentos constitutivos, a recorrente tem por objeto a prestação de serviços especializados em radiologia em seus diversos ramos (f. 25) e a segunda diagnósticos por imagem com uso de radiação ionizante, exceto tomografia (f. 108), demonstrando outra diferença quando de seus registros.

Não bastasse, considerando a questão do aproveitamento indevido e induzimento do consumidor, não se vislumbra dos elementos dos autos o menor indício de que a recorrida tenha se utilizado do nome para aproveitar da boa imagem ou serviço alheio com intenção de subtrair clientes ou fornecedores.

O fato de os serviços estarem num mesmo ramo não implica reconhecimento de afinidade, mormente a mercadológica que deve ser analisada caso a caso, levando-se em consideração o público alvo e os canais de distribuição, dentre outras.

Também, não há falar em confusão por parte dos consumidores, pois a área de atuação das empresas não são as mesmas, a primeira tem sede no Rio Grande do Sul e a segunda neste Estado, encontrando-se o público alvo em áreas geográficas distintas, o que leva a entender que não se contrataria com uma delas pensando ser a outra.

Conforme bem salientou o juízo *a quo*, *É de fácil visualização que afora a semelhança de pronúncia, que representa uma pequena similitude entre elas, existem diferenças ímpares que não provocam confusão entre as marcas. O conjunto marcário da Ré não induz o público consumidor a associá-la aos produtos e/ou serviços comercializados ou prestados pela Autora, e vice-versa.* (f. 221)

Em caso semelhante:

> *RECURSO ESPECIAL - AÇÃO INIBITÓRIA - PROTEÇÃO DA MARCA E CONCORRÊNCIA DESLEAL - PRELIMINARES - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E CERCEAMENTO DE DEFESA, EM RAZÃO DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - NÃO OCORRÊNCIA - MÉRITO - COLIDÊNCIA ENTRE AS MARCAS - CONFUSÃO NO PÚBLICO CONSUMIDOR - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE MARCA - NÃO OCORRÊNCIA - MARCAS GRÁFICA E FONETICAMENTE DISTINTAS INSERIDAS NO MESMO SEGUIMENTO MERCADOLÓGICO - VERIFICAÇÃO - TRADE DRESS - PROTEÇÃO DESTINADA A EVITAR A CONCORRÊNCIA DESLEAL - APRESENTAÇÃO DOS PRODUTOS - DISTINÇÃO - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO REUNIDO NOS AUTOS - REEXAME - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DESTA CORTE - ALEGAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.*
>
> *I - Na hipótese dos autos, ainda que se considerasse possível, nessa via especial, proceder ao cotejo entre as marcas 'vanish' e 'vantage', cujos respectivos produtos encontram-se inseridos no mesmo seguimento de alvejantes, tal inferência redundaria exatamente na mesma conclusão a que chegou as Instâncias ordinárias. Efetivamente, seja no que diz respeito à grafia, seja no que se refere à fonética dos vocábulos em confronto, não se constata qualquer similaridade, apta a induzir a erro o consumidor;*
>
> *II - No ponto, as ora recorrentes, apegam-se ao fato de que os vocábulos em cotejo possuem as três primeiras letras iguais, o que, em sua compreensão, gráfica e foneticamente em muito os aproximaria. Esta tênue identidade, entretanto, não tem a abrangência perseguida pelas recorrentes. Primeiro, é certo que a propriedade da marca 'vanish', não confere ao seu titular o domínio de qualquer outra palavra que, igualmente, inicie-se com as três letras 'van', notadamente se forem nitidamente distintas, como é o caso dos autos. Além disso, os vocábulos em cotejo, ambos de origem inglesa, possuem significados incontroversamente diversos ('vantage' = benefício, ganho, vantagem; 'vanish' = sumir, desaparecer), com a grafia (remanescente), bem distinta, não se podendo, por conseguinte, antever, por parte das recorridas, a intenção de relacionar os produtos entre si. Aliás, decompondo-se em sílabas os vocábulos, percebe-se que as três primeiras letras, no vocábulo 'vantage', integram a primeira sílaba, enquanto na palavra 'vanish', diversamente, a primeira sílaba é composta apenas pelas duas primeiras letras 'va'. Tal constatação, é certo, tem relevância na própria fonética dos vocábulos, cuja distinção, da mesma forma, revela-se bem evidenciada na compreensão deste Relator, quando se pronuncia: "VÉNICHI" e "VÂNTAGE".*
>
> *III - as Instâncias ordinárias deixaram assente, sempre com esteio nos elementos de prova reunidos nos autos, que o conjunto de elementos que identificam o produto da marca 'vantage', distinguem-se daquele que individualiza o produto da marca 'vanish', não conduzindo, por conseguinte, o consumidor a erro. Reconheceu-se, como visto, a diversidade de cores das respectivas embalagens, em acolhimento, portanto, a tese sustentada pelas recorridas, no sentido de que, na linha 'vantage', predomina o roxo em tom escuro e, na linha vanish, predomina a cor rosa em tom claro. Assentou-se, também, a irrelevância, para o efeito de colidência das marcas confrontadas, a forma como o logotipo encontra-se disposto na embalagem que, é certo, não é isoladamente passível de registro.*

> *Nesse contexto, a incidência do retrocitado óbice sumular (Enunciado n. 7 da Súmula do STJ), é, na compreensão deste Ministro, incontornável; IV - Recurso especial improvido.* (REsp 1284971/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 04/02/2013)

Assim, inexistente qualquer circunstância que permita modificar a conclusão da magistrada de primeiro grau e não se verificando violação aos dispositivos legais e constitucionais, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

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, 13 de maio de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0806465-93.2011.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZATÓRIA – EMBARQUE DE MENOR EM AERONAVE – AUSÊNCIA DE DOCUMENTO QUE COMPROVE O PARENTESCO – DANOS MORAIS INDEVIDOS E EXTRAPATRIMONIAIS INERENTES ÀS PASSAGENS AÉREAS – RECURSO NÃO PROVIDO.

A atitude da empresa aérea que impede o embarque de criança sem a documentação necessária para identificar o grau de parentesco com seu acompanhante apresenta-se correta e não enseja danos morais.

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, 13 de maio de 2014.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Dielma de Sousa Borges Cassuci interpõe apelação contra sentença que, na ação de indenização por danos materiais e morais movida em face da VRG Linhas Aéreas S/A, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a empresa aérea apenas ao pagamento de danos materiais no valor de R$ 1.438,94, corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV desde o desembolso e acrescido de juros de mora de 12% ao ano a partir da citação. Sucumbência recíproca, na proporção de 50% para cada, com honorários fixados em R$ 3.000,00, admitida a compensação.

Relata ser a mãe do menor Heitor que estava acompanhado da tia no momento do embarque no avião, sendo que ambos estavam com suas carteiras de identidade, documentação mais que suficiente para provar o parentesco entre eles, tanto é verdade que, minutos antes, realizaram o *check-in* no balcão da companhia aérea sem qualquer problema. Ressalta que o impasse poderia ter sido resolvido, pois se encontrava no saguão do aeroporto apta aos esclarecimentos necessários. Aduz que a má prestação de serviços da apelada, consistente na indiferença com que foram tratados no momento do embarque e na total falta de informações acerca dos documentos necessários para viajar com um menor de idade, causaram-lhe danos que devem ser reparados. Pondera que os danos patrimoniais foram elencados na inicial, totalizando R$ 2.797,82 e, como não foram impugnados, devem ser ressarcidos na íntegra e não apenas em parte como determinado pela sentença. Ao final, requer o provimento do apelo.

VOTO

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

Consta dos autos que no dia 02.07.2011, o filho da apelante, então com cinco anos de idade, sua irmã e um sobrinho tentaram embarcar em um avião da companhia aérea GOL com destino a Palmas/TO, mas foram impedidos por funcionários da empresa, ao argumento de que os documentos apresentados pelos passageiros não comprovavam o parentesco entre eles.

A magistrada singular, entendendo que os fatos não geraram danos morais, porquanto não se pode atribuir à apelada qualquer tipo de falha na prestação de seus serviços, condenou a empresa apenas nas despesas materiais no valor de R$ 1.438,94, eis que não foram objetos de impugnação.

A sentença não merece reparo.

Dos danos morais

A possibilidade de indenização decorre da prática de um ato ilícito, que é considerado como aquela conduta que viola o direito de alguém e lhe causa um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral. Em qualquer hipótese, porém, exige-se a violação de um direito da parte, da comprovação dos fatos alegados, dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo suportado.

Noutras palavras, a responsabilidade civil presume violação à ordem jurídica, o que não ocorreu no presente caso, em que a companhia aérea agiu em estrita observância do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê:

> *Art. 83. Nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial.*
>
> *§ 1º A autorização não será exigida quando:*
>
> *(...)*
>
> *b) a criança estiver acompanhada:*
>
> *1) de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco;*

Verifica-se que no momento do embarque, tia e sobrinho apresentaram apenas seus documentos de identidade, insuficientes para provar o parentesco com segurança e rigor que a situação exige.

Orienta a praxe que o meio próprio para comprová-lo seria a apresentada da certidão de nascimento do infante, na qual consta o nome dos seus avós maternos, que são os pais de sua acompanhante e, por isso, constariam na carteira de identidade dela.

A alegação de que ambos possuem nomes de família idênticos não é capaz de elidir a regra porquanto é público e notório a existência de homônimos e falsificações. Em casos desse jaez não é possível trabalhar com hipóteses, abrindo brechas e precedentes para o cometimento de ilícitos.

A atitude da apelada é, na verdade, uma garantia aos pais de que seus filhos não serão levados para longe de seu convívio por qualquer outra pessoa. Em tempos em que o sequestro de crianças é corriqueiramente noticiado nas redes sociais, afigura-se justificável a conduta firme e intransigente da

empresa aérea que cumpre seu dever e impede que menores não identificados corretamente embarquem em aeronaves.

Nesse contexto, o transtorno gerado com a interrupção abrupta da viagem de férias foi causado pela própria apelante que tinha o dever de munir seu filho com a documentação capaz de identificar o grau de parentesco entre ele e a pessoa que o acompanhava.

O fato de no momento do *check-in* nada ter sido aventado é irrelevante, na medida em que um erro não justifica outro. Do mesmo modo, as informações constantes no sítio eletrônico a respeito da viagem de crianças são absolutamente claras (f. 38).

Em caso semelhante:

> *AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - APELO - CONTRATO DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL - FISCALIZAÇÃO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - VIAGEM INTERROMPIDA POR AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE NASCIMENTO DO FILHO DO AUTOR - AUSÊNCIA DE ILICITUDE NA CONDUTA DO MOTORISTA QUE HAVIA ACEITO CÓPIA XEROX DOCUMENTO DO MENOR - MERO DISSABOR - EXIGÊNCIA PÚBLICA E NOTÓRIA DO DOCUMENTO ORIGINAL - SENTENÇA CONFIRMADA. Inexiste ilicitude na conduta do preposto da ré ao aceitar cópia Xerox da certidão de nascimento do menor, não se podendo falar em indenização por dano moral o fato de a viagem ter sido interrompida em razão da fiscalização exercida pelos agentes da ANTT após constatação da ausência de documento original do menor. A interrupção da viagem em razão do ausência de documento original do menor, filho do autor, constitui mero dissabor não indenizável decorrente de conduta do autor que deveria portar o documento legal exigível.* (Ap. 1.0596.11.002807-8, TJMG, 11ª Câm., Rel. Des. Wanderley Paiva, j. em 11/12/2013).

Danos materiais

A sentença determinou a devolução dos valores dispendidos com as passagens aéreas (R$ 1.438,94 – f. 18), porém, a apelante requer o pagamento de todas as despesas enumeradas na inicial, quais sejam, passagens de ônibus, gasolina no deslocamento de Dourados até o aeroporto de Campo Grande e translado de taxi em Palmas.

Sem razão, todavia.

O único gasto inerente à viagem em si são as passagens, e como ela não se realizou, a devolução se impunha, pena de enriquecimento sem causa da companhia.

As demais despesas, porém, não estão diretamente ligadas ao serviço prestado pela GOL, não sendo justo que arque com as mesmas, mormente porque o embarque só não ocorreu porque o filho da apelante estava sem a correta documentação.

Com tais considerações, mantém-se inalterada a sentença.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao apelo.

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. Marcos José de Brito Rodrigues

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, 13 de maio de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0807959-90.2011.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – PRESCRIÇÃO – AÇÃO DE DIREITO PESSOAL – 10 ANOS – ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL – PREJUDICIAL AFASTADA – INTERESSE DO CORRENTISTA EM OBTER A PRESTAÇÃO DE CONTAS ACERCA DE TODOS OS LANÇAMENTOS EXISTENTES NOS EXTRATOS – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Não caracteriza ofensa ao princípio da dialeticidade o recurso que combate os principais fundamentos da sentença.

A ação de prestação de contas é de caráter pessoal, aplicando-se em relação ao prazo prescricional o disposto no art. 205 do Código Civil, ou seja, 10 anos.

Não é considerado pedido genérico aquele em que o correntista vindica prestação de contas dos lançamentos efetuados em sua conta corrente a fim de verificar acerto ou não quanto aos lançamentos provenientes de operações financeiras, independentemente de o banco discriminar nos extratos os encargos incidentes em razão do uso da rotatividade do crédito.

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, afastar a preliminar, a prejudicial e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de junho de 2014.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Banco Bradesco S.A. interpõe recurso de apelação visando reformar a sentença que lhe condenou a prestar contas para Ricardo Tozzi Marçal da movimentação financeira da conta corrente n. 3.499, mantida por este na agência 1541-5.

Defende a prescrição trienal para o caso porque o foco da presente lide é o de ressarcimento de enriquecimento sem causa, aplicando-se, portanto, o disposto no inc. IV do § 3º do art. 206 do Código Civil, ou, quando muito de 5 anos nos termos do inc. I do § 5º, já que, como dito, o objetivo do apelado é de cobrar os lançamentos efetuados em sua conta corrente e aos quais aponta como sendo indevidos.

Diz que o acolhimento da petição inicial sem especificação dos lançamentos na conta corrente que o apelado não entendeu, ou que os tem como indevidos, contraria os arts. 914 e 286 do CPC.

Salienta que devido a multiplicidade de lançamentos feitos em uma conta corrente e a ausência de objetividade na inicial dos que o apelado entende como sendo divergentes torna "(...) *impossível prestar contas de todos os lançamentos de uma conta corrente* (f. 113)".

Contrarrazões às f. 121-127 com invocação de preliminar de não conhecimento do recurso por ausência de dialeticidade.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

O Banco Bradesco S/A ingressa com recurso de apelação, contra a sentença que acolheu o pedido de prestação de contas da movimentação financeira da conta corrente mantida por Ricardo Tozzi Marçal.

1. Preliminar (ofensa ao princípio da dialeticidade)

O apelado suscita nas contrarrazões preliminar de não conhecimento do recurso do apelante em razão de ofensa ao princípio da dialeticidade.

Sem razão o apelado.

Na singela leitura do recurso há visão ampla da pretensão do recorrente, com exposição dos fundamentos de fato e de direito pelos quais pretende a reforma do *decisum*. Se assim é, não há se falar em ofensa ao princípio da dialeticidade, já que o apelante impugnou os principais fundamentos da sentença.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PRELIMINAR AVENTADA EM CONTRARRAZÕES. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA EMPRESA RECORRIDA NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO – PRECEDENTES DA TURMA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *Se o recurso, qualquer que seja rebate a decisão recorrida trazendo os elementos imprescindíveis a que o Tribunal possa julgar o mérito do recurso, ponderando-as em confronto com os motivos da decisão recorrida, deve ser conhecido. (...).* (TJMS – Apelação Cível n. 2011.008839-0, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 5ª Turma, j. 14.04.2011).
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – PRELIMINAR AFASTADA.*
>
> *Se as razões do recurso trazem de forma satisfatória as razões pelas quais a decisão deve ser reformada, não se pode falar em afronta ao princípio da dialeticidade. (...).* (TJMS – Apelação Cível n. 2011.003806-5, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Turma, j. 07.04.2011).

Afasto, pois, essa preliminar.

2. Prejudicial de prescrição

Consta da inicial que a prestação de contas deve abranger o início da relação contratual entre os litigantes desde o nascedouro, sem, contudo, informar quando teria ocorrido alguma lesão que justificasse a pretensão.

Observa-se, no entanto, que o apelado indica lançamentos indevidos desde 16.03.1998, o que, pelo menos em princípio, a tal período pede a prestação de contas.

A matéria era regida pelo Código Civil/1.916, que dispunha em seu art. 177:

> *"Art. 177 – As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez) anos, entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.*

Como não havia norma específica acerca deste tema, a prescrição do direito de ação era a geral, estabelecida no art. 177, que fixava o prazo prescricional vintenário, por se tratar de ação de caráter pessoal.

Nesse sentido, colaciono recentes julgados deste Tribunal:

> *"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – PRESCRIÇÃO – NÃO CONFIGURADA – PRAZO VINTENÁRIO – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – AFASTADA – DEVER DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE PRESTAR OS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS – PRAZO DE 48 HORAS – ARTIGO 615, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Nos casos de obrigação de natureza pessoal, contraída na vigência do Código Civil de 1916, o prazo prescricional é de vinte anos. (...)" (TJMS, Apelação Cível n. 2011.001217-1, Rel. Exmo. Des. Vladimir Abreu da Silva, Quinta Turma Cível, DJ.: 11.04.2011).*
>
> *"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – PRESTAÇÃO DE CONTAS – PROC. ESPECIAL – PRESCRIÇÃO – DIREITO PESSOAL – ART. 177 CC/1916 – ART. 205 C/C ART. 2.028 CC/2002 – APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS E DOCUMENTOS BANCÁRIOS – SÚMULA 259 STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ART. 20, § 4º, CPC – PROVIMENTO PARCIAL.*
>
> *I – Tratando-se a ação de prestação de contas, em relação a contrato de conta-corrente bancária, de relação jurídica de natureza pessoal, nos casos em que tenha transcorrido menos da metade do prazo prescricional de 20 (vinte) anos da lei antiga (art. 176 CC/1916), deverá ser aplicado o prazo prescricional de 10 (dez) anos previsto na lei nova (art. 205 CC/2002), por força do que dispõe a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil de 2002. (...)* (TJMS, Apelação Cível n. 2010.003048-2, Rel. Exmo. Des. Josué de Oliveira, Quarta Turma Cível, DJ.: 09.03.2011).

A doutrina e a jurisprudência têm enfatizado que, à luz do novo estatuto civil, a ação de prestação de contas prescreve em 10 (dez) anos, nos termos do art. 205 do CC/02.

A ação foi ajuizada em 01 de dezembro de 2011, quando vigente o novo Código Civil.

O art. 2.028 do novo Código Civil regulamenta o conflito intertemporal dos prazos prescricionais iniciados sob a égide do Código Civil de 1916 da seguinte forma:

> *"Art. 2.028 – Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código,* ***e se****, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".*

Da leitura do dispositivo acima, que contém duas expressões aditivas, depreende-se que, após o início da vigência do novo Código Civi, somente serão aplicados os prazos prescricionais previstos na vetusta lei quando duas situações restarem cumulativamente constatadas, quais sejam:

1. quando o prazo prescricional previsto na antiga lei tenha sido reduzido pelo novo *Codex*; ***e***,

2. quando na data do início da vigência do novo Código, o prazo prescricional iniciado sob o amparo da antiga lei já tenha superado a sua metade.

Por conseguinte, a ausência de qualquer destes elementos afasta o prazo prescricional previsto na lei civil de 1916 e implica aplicação do prazo prescricional do art. 205 do Código Civil de 2002 (dez anos).

Do explanado até aqui, já é possível constatar que foi reduzido o prazo prescricional para o ajuizamento da ação pretendida pelo apelado, restando preenchida a primeira condição estabelecida em lei.

O mesmo já não ocorre em relação a segunda condição prevista no art. 2.028, do Código Civil de 2002, qual seja, o transcurso de mais da metade do tempo quando da entrada em vigor no novo Código Civil.

Isso porque, tendo os fatos originários ocorridos desde março de 1997, quando o Código Civil de 2002 entrou em vigor (11 de janeiro de 2003), o prazo decorrido giraria em torno de 6 (seis) anos, não cumprindo, portanto, o segundo requisito previsto no art. 2.028, do Código Civil de 2002, para justificar a aplicação do prazo de 20 (vinte) anos previsto no CC/1916, em seu art. 177, aplicando-se portanto, o do art. 205 do CC vigente.

Dessa forma, visto que ao tempo do ajuizamento da ação já se encontrava vigente a Lei n. 10.406/02 e não ter decorrido metade do prazo vintenário estatuído no art. 177 do Código Civil de 1916, a consideração do prazo prescricional de **dez anos** é medida que se impõe, nos exatos termos do art. 2.028 do novo diploma civil.

Logo, nenhuma razão é de ser dada ao apelante, considerando-se, portanto, o prazo prescricional de 10 anos.

Com esses fundamentos, rejeito a prejudicial de prescrição pleiteada.

3. Mérito

Nas razões de recurso o apelante suscita preliminar de inépcia da inicial, para obstruir a ação, sob o argumento da ausência de indicação de lançamento que entende indevido e por ser, no mérito, o pedido genérico.

As matérias trazidas no apelo reproduzem as da contestação, inclusive no tocante à preliminar e que no caso é de ser analisada como mérito, dada a confusão entre elas, como lembrou o juízo *a quo*.

O argumento do apelante não merece acolhimento.

O apelado, na inicial, deixou bastante claro que houve lançamentos de encargos na sua conta corrente com os quais não concorda, indicando-os, inclusive, nos quadros estampados às f. 2-3 da inicial, o que subtrai a hipótese de narração ilógica e genérica.

Pedido genérico, segundo a melhor doutrina *"é aquele em que, momentaneamente, não há certeza ou determinabilidade, vale dizer, ele é incerto e indeterminável, pelo menos para o autor, no momento em que a ação é proposta. Durante o procedimento - nem que seja no processo de liquidação de sentença - a certeza e determinabilidade deverão ser estabelecidas. O pedido genérico, nessas condições, é o que se completa, que se aperfeiçoa com oportuna liquidação"* [1], o que não ocorre na espécie.

Neste sentido é a ementa do seguinte acórdão:

> *EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – PEDIDO GENÉRICO – INTERESSE DO CORRENTISTA EM OBTER A PRESTAÇÃO DE CONTAS ACERCA DOS LANÇAMENTOS EXISTENTES NOS EXTRATOS BANCÁRIOS – DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – PROVIMENTO NEGADO.* ***Não se trata de pedido genérico aquele em que o correntista requer informações dos lançamentos efetuados em sua conta-corrente durante o período em que manteve a conta com a instituição financeira.*** *Recurso conhecido e não provido.* (TJMS, - Agravo Regimental em Apelação Cível - N. 2008.019837-8/0001-00 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins, 1ª Turma).

Reafirma-se que este Tribunal vem manifestando o entendimento de que não se trata de pedido genérico aquele em que o usuário dos serviços bancários vindica informações dos lançamentos efetuados em sua conta-corrente durante o período em que manteve essa relação negocial com a instituição financeira, tal como dispõe o art. 914 do CPC, não sendo necessário, portanto, especificar quais os lançamentos que estão sendo impugnados, embora, na hipótese, o apelado os tenha indicado.

Quanto a hipótese de que o uso da medida tem escopo de revisionar os encargos contratados, circunstância que aponta para a hipótese de ausência de interesse processual, também não há como acolher os argumentos do apelante.

É bem verdade que o recorrido faz referência a lançamentos de encargos na fatura, qualificando-os como exorbitantes, e chegou a formular pedido revisional. Este, no entanto, foi repelido prontamente pelo juiz, quando acolheu a pretensão do autor.

De lado outro, a alusão em si não retira do apelado o interesse processual na medida em que busca esclarecimento no tocante à metodologia empregada pelo apelante na cobrança dos encargos.

Sendo assim, evidente a conformação da inicial conforme o comando dos artigos 295 e 286 do CPC, onde o apelado narrou os fatos de forma coerente e formulou pedido certo e determinado, pois requereu que o banco lhe prestasse contas sobre todos os lançamentos que foram efetuados na sua conta corrente, buscando ser informado da metodologia de cálculos e o *quantum* correspondente.

O banco, na condição de administrador da conta corrente, executante dos cálculos dos encargos proveniente de empréstimos, tem condições - e com facilidade -, de prestar as contas solicitadas, principalmente diante da robustez dos lançamentos contábeis informatizados que norteiam o sistema bancário do país.

De se registrar que a apresentação das movimentações financeiras nas quais constam os encargos incidentes são, normalmente, dotadas de anotação generalizada e não tem o condão de suprir a prestação de contas de forma mercantil ou contábil.

Nesse sentido, colaciona-se os seguintes julgados do STJ:

1 *Código de Processo Civil Interpretado*, Coord. Antônio Carlos Marcato, São Paulo: Atlas, 2004, p.884.

> *"PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – INTERESSE – LANÇAMENTO EM CONTA-CORRENTE – DÚVIDAS – FORNECIMENTO DE EXTRATOS – PRESCINDIBILIDADE.*
>
> *I – Independentemente do fornecimentos de extratos de movimentação financeira dos recursos vinculados a contrato de crédito em conta-corrente, remanesce o interesse processual do correntista para a ação de prestação de contas, em havendo dúvida sobre os critérios aplicados pelo banco. Precedentes." (STJ, REsp n. 164154/RJ, Rel. Exmo. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta, DJ. 25.09.2000).*
>
> *"AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – DISCORDÂNCIA ACERCA DE LANÇAMENTOS FEITOS EM CONTA-CORRENTE – INTERESSE DE AGIR. Ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorde de lançamentos deles constantes, assiste legítimo interesse para intentar a ação de prestação de contas, visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção e incorreção de tais lançamentos. Precedentes."* (STJ, REsp n. 198071/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ. 24.05.1999, p. 177).

Consoante se infere dos autos, a pretensão do apelado é de que o banco lhe preste contas de forma mercantil, consoante determina o art. 917 do CPC. Daí, a precisão da sentença que assim determinou.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar, a prejudicial e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 26 de junho de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4009817-59.2013.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCIDENTE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – EMPRESÁRIO INDIVIDUAL – CONSTRIÇÃO DE BENS DA PESSOA NATURAL – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE CÓPIA DA PROCURAÇÃO ORIGINÁRIA OUTORGADA PELO CREDOR À IMOBILIÁRIA QUE O REPRESENTA – RIGOR TÉCNICO EXAGERADO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL – INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Tratando-se de dívida de responsabilidade de empresa individual, a penhora de bens recai tanto sobre os bens destinados especificamente à atividade empresarial quanto sobre os bens pessoais do empresário, enquanto pessoa natural, porquanto evidente a confusão patrimonial, sendo a firma individual mera ficção jurídica criada tão somente para permitir que a pessoa física exerça, sozinha, uma atividade empresarial. Precedentes.

2. Na espécie, os autos originários retratam incidente de cumprimento da sentença, sentença que condenou a ora agravante ao pagamento dos alugueres e encargos inadimplidos e também nas custas processuais e honorários advocatícios. Observa-se que referidos autos tramitam há quase quatro anos e desde o início a questionada imobiliária é mandatária do credor. Assim, levando-se em consideração a eficácia processual e a instrumentalidade do processo, deixando de lado o rigor exacerbado atribuído ao processo em seu aspecto puramente técnico, tenho que a pretensão da agravante não merece ser acolhida, já que não deve o órgão jurisdicional agir com extrema tecnicidade processual, a ponto de sobrepujar a instrumentalidade do processo, voltado para tutelar o direito material subjacente existente na ação, de forma a sonegar a prestação justa da tutela jurisdicional buscada, deixando sem remédio lesão ou ameaça ao direito, como no caso concreto.

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 junho de 2014.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

A.C.G. Anache interpõe agravo regimental em face da decisão monocrática de minha relatoria que deu provimento ao agravo de instrumento interposto por Luiz Carlos Acorci e outro.

Diz que a decisão recorrida deve ser reformada porque ausente a correta representação processual, na medida em que era indispensável, para a correta formação do instrumento, a comprovação de que a Metrópolis Imóveis Ltda. tinha poderes para constituir procurador em nome de Luiz Carlos Acorci, tendo em vista que *"não foi a parte litigante Luiz Carlos Acorsi quem conferiu poderes ao advogado firmatário do recurso, mas sim uma tal "Metrópolis Imóveis Ltda", ao que parece, uma imobiliária"*.

Requer o provimento do recurso para o fim de se reconhecer a inadmissibilidade do agravo de instrumento interposto, por falta de peça essencial.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por A. C. G. Anache em face da decisão monocrática de minha relatoria que deu provimento ao agravo de instrumento interposto por Luiz Carlos Acorci e outro.

Como relatado, diz que a decisão recorrida deve ser reformada porque ausente a correta representação processual, na medida em que era indispensável, para a correta formação do instrumento, a comprovação de que a Metrópolis Imóveis Ltda. tinha poderes para constituir procurador em nome de Luiz Carlos Acorci, tendo em vista que *"não foi a parte litigante Luiz Carlos Acorsi quem conferiu poderes ao advogado firmatário do recurso, mas sim uma tal "Metrópolis Imóveis Ltda", ao que parece, uma imobiliária"*.

Requer o provimento do recurso para o fim de se reconhecer a inadmissibilidade do agravo de instrumento interposto, por falta de peça essencial.

A decisão recorrida está assim fundamentada:

> *"Visto.*
>
> *Luiz Carlos Acorci e Elias Razuk Jorge Filho interpõem agravo de instrumento em face de decisão proferida pelo juízo da 11ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, nos autos do incidente de cumprimento da sentença nº 0030143- 42.2012.8.12.0001, movida em face de A.C.G Anache e Camall Bacha Anache, que indeferiu a penhora dos bens imóveis indicados pelos credores, sob o fundamento de não pertencerem aos executados.*
>
> *Alegam, em síntese, terem comprovado, documentalmente, que os executados/agravados não possuem bens em seu nome e, tratando-se a agravada "ACG Anache de empresa individual, requereram a penhora sobre os bens da pessoa física da comerciante individual proprietária da empresa executada – Ana Cristina Anache, argumentando que a doutrina e a jurisprudência, em casos deste jaez, não distinguem o patrimônio da pessoa jurídica e da física" (f. 3-TJ).*
>
> *Aduzem que, "ao analisar a questão o juiz de primeiro grau indeferiu tal pretensão usando o argumento de que tais bens não fazem parte do acervo patrimonial dos executados, deixando de analisar especificamente a questão da confusão patrimonial".*
>
> *Requerem o provimento do recurso, para o fim de reformar a decisão vergastada e deferir a penhora dos bens indicados, recaindo a constrição apenas sobre a cota parte pertencente à proprietária da agravada ACG Anache – Ana Cristina Garcia Anache.*

Instruíram o recurso com os documentos de f. 9-45.

É o relatório. ***Decido.***

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Luiz Carlos Acorci e Elias Razuk Jorge Filho em face de decisão que indeferiu a penhora dos bens imóveis indicados pelos credores, sob o fundamento de não pertencerem aos executados.

A matéria aqui versada traz à baila a existência ou não de distinção entre a firma individual e a pessoa física do empresário, no que, a meu ver, assiste razão aos agravantes.

*Na esteira da jurisprudência do STJ, "**empresário individual é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer civis quer comerciais**"* (STJ, REsp 594832/RO; Ministra NANCY ANDRIGHI; julgado em 28/06/2005; DJ 01/08/2005 p. 443).

Com efeito, a figura do empresário individual é mera ficção jurídica, criada tão somente para permitir que a pessoa física exerça, sozinha, uma atividade empresarial, tanto que lhe é conferido o CNPJ apenas para que tenha o mesmo tratamento tributário dado às sociedades empresariais.

Desta forma, ante a evidente confusão patrimonial entre a firma individual e a pessoa física, não se pode afastar, quando da constrição, o exame integral do patrimônio, porquanto as dívidas empresariais recaem tanto sobre os bens destinados especificamente à atividade empresarial, quanto sobre os bens pessoais do empresário, enquanto pessoa natural.

Este também é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

*"APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA FIRMA INDIVIDUAL – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO COMERCIANTE INDIVIDUAL – AFASTADA – PROSSEGUIMENTO DO FEITO – RECURSO PROVIDO. **A firma individual e a pessoa natural têm a mesma personalidade e o mesmo patrimônio**, razão pela qual o seu proprietário, pessoa física que lhe dá nome, tem legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo da execução. Recurso provido".* (TJMS; Autos nº 0001588-04.2002.8.12.0021 – 3ª Câmara Cível – Relator: Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli – julgado em 21/11/2005).

In causo, tem-se que a corré A.C.G. Anache – ME confunde-se com a empresária individual (documento de f. 18-TJ), razão pela qual as dívidas empresariais recaem tanto sobre os bens atinentes à atividade da empresa, quanto sobre os bens pessoais da pessoa física que a representa, Ana Cristina Garcia Anache.

Conclusão

Posto isso, conheço e dou provimento ao presente recurso para, reformando a decisão agravada, determinar a penhora dos bens indicados, de propriedade da empresária individual Ana Cristina Garcia Anache, recaindo a constrição apenas sobre a cota parte que lhe pertencente. Publique-se. Intimem-se."

Diante da possibilidade de exercer eventual juízo de retratação, procurei novamente analisar o ato recorrido em confronto com as razões do agravo interno, e cheguei à conclusão de que não devo dispor de maneira diversa porque os fundamentos da decisão agravada resistem ao presente recurso.

Como relatado, entende, a ora agravante, que a falta de cópia da procuração em cadeia, outorgando poderes dos credores Luiz Carlos Acorci e Elias Razuk Jorge Filho à imobiliária Metrópolis Imóveis Ltda. seria o suficiente para reconhecer a inadmissibilidade do recurso de agravo de instrumento, ante a falta de peça essencial.

Contudo, ainda que existam regras procedimentais previstas, estas não podem se sobrepor ao princípio da instrumentalidade das formas, até porque, ao assim proceder, estar-se-ia contradizendo o objetivo primordial da jurisdição, qual seja, trazer a pacificação social, se possível sem o excesso de rigor no referido procedimento.

Na espécie, os autos originários retratam incidente de cumprimento da sentença, a qual condenou a ora agravante ao pagamento dos alugueres e encargos inadimplidos e também nas custas processuais e honorários advocatícios.

Observa-se que referidos autos tramitam há quase quatro anos e desde o início a referida imobiliária Metrópolis Imóveis Ltda. é mandatária do credor.

Assim, levando-se em consideração a eficácia processual e a instrumentalidade do processo, deixando de lado o rigorismo exacerbado atribuído ao processo em seu aspecto puramente técnico, tenho que a pretensão da agravante não merece ser acolhida, já que não deve o órgão jurisdicional agir com extrema tecnicidade processual, a ponto de sobrepujar a instrumentalidade do processo, voltado para tutelar o direito material subjacente existente na ação, de forma a sonegar a prestação justa da tutela jurisdicional buscada, deixando sem remédio lesão ou ameaça ao direito, como no caso concreto.

Nesse sentido é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque[1], para quem,

> *"(...) o processualismo exagerado normalmente acaba por criar enormes dificuldades para o próprio escopo do processo. A grande atenção que se dá para os conceitos processuais configura inversão de valores, pois o que realmente importa são os resultados alcançados pelo processo no plano do ordenamento material da pacificação. (...) Apenas não se pode transformar a técnica, os conceitos e as definições em objeto principal a ciência processual. (...) O processualismo, isto é, a excessiva autonomia do processo frente ao direito material, constitui um mal, pois desconsidera o objeto na construção do instrumento".*

Da obra acima citada se extrai a seguinte passagem, que bem se amolda ao caso em comento[2]:

> *"Também circunstâncias inerentes ao próprio direito processual podem impedir a tutela de uma situação da vida e, em conseqüência, obstar à pacificação social. Para evitar os exageros da técnica, há quem sustente, por exemplo, a possibilidade de o juiz emitir provimento de mérito, ainda que ausente pressuposto processual. Isso porque, à exceção da competência, os demais requisitos necessários ao provimento sobre a pretensão apresentada ao juiz visam a salvaguardar interesses das partes no processo. Assim, a falta de um desses pressupostos somente deveria impedir a tutela quando esta não puder ser favorável àquele que o legislador pretendeu proteger pelo requisito ausente".*

Desta feita, torna-se indiscutível que o direito processual analisado como ciência instrumental deve visar sempre ao resultado, de forma a garantir a máxima eficácia do processo e o acesso à ordem jurídica justa a todos os jurisdicionados.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

1 *Direito e Processo*, 2ª ed., Ed. Malheiros, p.17,

2 *(Ob. Cit. p. 20).*

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por Unanimidade, Negaram Provimento Ao Recurso, Nos Termos Do Voto Do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 26 de junho de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4012238-22.2013.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO SOB O RITO DE ARROLAMENTO SUMÁRIO – ISENÇÃO DE RECOLHIMENTO DO ITCD INCIDENTE SOBRE BEM IMÓVEL – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – ART. 126, INC. I, DA LEI Nº 1.810/97 (CTE) – COMPETÊNCIA CONFERIDA À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 179 DO CTN – RECURSO IMPROVIDO.

Nos inventários processados sob o rito de arrolamento sumário não é possível ao juízo a concessão de isenção de recolhimento do ITCD, por força do artigo 179 do CTN, que confere à autoridade administrativa a competência para aferição do direito do contribuinte à isenção de tal tributo.

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, 27 de março de 2014.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Jayme Rodrigues de Araújo interpõe agravo regimental em face da decisão monocrática de minha relatoria que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Diz que a decisão recorrida deve ser reformada porque *"em primeiro grau de jurisdição o processo não tramita pelo rito de arrolamento, mas sim pelo rito de inventário, não incidindo, no caso, a normado do art. 179 do CTN"*.

Requer o provimento do recurso para o fim de dar seguimento ao recurso de agravo de instrumento.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Jayme Rodrigues de Araújo em face da decisão monocrática de minha relatoria que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Como relatado, diz que a decisão recorrida deve ser reformada porque *"em primeiro grau de jurisdição o processo não tramita pelo rito de arrolamento, mas sim pelo rito de inventário, não incidindo, no caso, a normado do art. 179 do CTN"*.

Requer o provimento do recurso para o fim de dar seguimento ao recurso de agravo de instrumento.

A decisão recorrida está assim fundamentada:

> *"Visto.*
>
> *Espólio de Eunice Ventura interpõe agravo de instrumento em face da decisão proferida pelo juízo da Vara de Sucessões da comarca de Campo Grande, nos autos de inventário nº 0032105-37.2011.8.12.0001, a qual assentou que, tratando-se o ITCD de procedimento eminentemente administrativo, a cargo dos órgãos competentes junto à Fazenda do Estado, não há se falar em isenção judicial, devendo o inventariante requerer o que de direito na seara administrativa.*
>
> *Alega, em síntese, que "a Fazenda Pública Estadual discordou do pedido de isenção do ITCMD sobre o único bem imóvel inventariado, sob o argumento de que não é cabível a presente isenção pelo fato do referido imóvel possuir duas unidades de avaliação, tornando-se assim de padrão diverso do popular".*
>
> *Diz que a magistrada singular "deixou de enfrentar a questão jurídica relativa à isenção de ITCMD suscitada nos autos do inventário pelo espólio, pois, firmou o entendimento de que tal assunto deve ser dirimido na via administrativa, junto à Fazenda do Estado, por considerar aplicável, no caso, regras atinentes ao procedimento de arrolamento sumário (art. 1.031, § 2º, do CPC) e não do procedimento de inventário, proferindo a r. decisão impugnada".*
>
> *Aduz ser "equivocada a decisão agravada que se omitiu nos autos do inventário julgamento sobre a isenção do ITCMD, impondo-se seja tal matéria apreciada pela instância singela ou, por se tratar de questão exclusivamente de direito, que seja apreciada a isenção por esse egrégio Tribunal de Justiça".*
>
> *Requer o provimento do recurso, para o fim de tornar sem efeito a decisão hostilizada e que seja determinado à instância singela que analise a matéria relativa à isenção do ITCMD ou que seja acolhida a isenção do ITCMD em favor do espólio, considerando aplicável, no caso em comento, as normas do artigo 126, inciso II, alínea "b", parágrafo único, da Lei Estadual nº 1.810/97.*
>
> *Instruiu o recurso com os documentos de f. 9-136.*
>
> *É o relatório. Decido.*
>
> *Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Espólio de Eunice Ventura em face da decisão que afirmou que, tratando-se o ITCD de procedimento eminentemente administrativo, a cargo dos órgãos competentes junto à Fazenda do Estado, não há se falar em isenção judicial, devendo o inventariante requerer o que de direito na seara administrativa.*
>
> *É cediço que o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis é tributo de competência privativa dos Estados-membros, tanto na instituição como nas concessões de imunidades e mesmo isenções, tal como disciplinado no inc. I do art. 155 da Constituição Federal:*

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos."

O Código Tributário do Mato Grosso do Sul (Lei n. 1.810/97), por sua vez, prevê em seu artigo 126 os casos de isenção do ITCD:

"Art. 126 – São isentos do ITCD:

I - as doações de bens e direitos cujos valores não ultrapassem o valor equivalente a 780 UFERMS;

II- as transmissões causa mortis, bem imóvel:

a) sendo rural, sua área não ultrapasse o módulo da região e que seja destinado aos herdeiros;

b) sendo urbano, apresente construção residencial de padrão popular ou inferior e seja utilizado como habitação dos herdeiros.

Parágrafo único - A isenção prevista no inciso II só se aplica na herança que tenha um único bem imóvel a ser partilhado."

Ainda sobre a isenção do ITCD, o artigo 179 do Código Tributário Nacional dispõe que:

Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para concessão.

§ 1º Tratando-se de tributo lançado por período certo de tempo, o despacho referido neste artigo será renovado antes da expiração de cada período, cessando automaticamente os seus efeitos a partir do primeiro dia do período para o qual o interessado deixar de promover a continuidade do reconhecimento da isenção.

§ 2º O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no artigo 155.

Inquestionável que o arrolamento sumário, a rigor, é procedimento de jurisdição voluntária, embora esteja no capítulo destinado ao inventário contencioso.

Ora, se o arrolamento sumário é procedimento de jurisdição voluntária, obviamente que o ITCD deve se sujeitar ao lançamento administrativo, a teor do § 2º do art. 1.034 do CPC. Logo, não cabe dentro do bojo do arrolamento sumário a discussão acerca da isenção ou não do tributo, já que tal benefício poderia ter sido objeto de pedido administrativo, como prevê o Código Tributário do Estado.

Sobre a incompetência do juízo do inventário, processados sob o rito do arrolamento sumário, para reconhecer a isenção do ITCD, por força do art. 179 do CTM, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg no AREsp 125099, relatado pelo Ministro Massami Uyeda, esclarece que:

Cuida-se de agravo regimental interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão, da lavra desta Relatoria, assim ementada: "AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - INVENTÁRIO - ISENÇÃO DE ITCMD CONCEDIDA POR LEI

ESTADUAL - NORMA LOCAL - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 280/STF - AGRAVO IMPROVIDO". Busca a recorrente a reforma do decisum, argumentando, em síntese, que "(...) não se trata no presente caso de aplicação ou não da legislação estadual que versa sobre os limites de isenção do ITCMD". É o relatório. A irresignação merece prosperar. Com efeito.

A rigor, o melhor exame da matéria aponta que, na hipótese, não se está diante da análise de direito local, senão da exegese do artigo 179 do CTN a propósito de se analisar a competência do juízo do inventário para conceder isenção fiscal relativa ao ITCMD.

Sobre a matéria, ressalte-se que, nos termos do artigo 1013 da lei processual civil, no bojo de inventário, procedimento mais complexo do que àquele previsto na hipótese de arrolamento, compete ao juízo cível (do inventário) analisar o pedido de isenção referente ao imposto de que ora se trata, a despeito da competência administrativa atribuída á autoridade fiscal pelo artigo 179 do CTN.

Sucede, todavia, que os artigos 1031 e seguintes do CPC regulam procedimento a ser observado no âmbito do arrolamento sumário, cujo rito é mais singelo que o do arrolamento comum previsto no artigo 1038 e do inventário propriamente dito, não abarcando, nesta medida, o cálculo judicial do imposto de transmissão causa mortis (artigo 1034 do CPC).

Ora, antes do trânsito em julgado da sentença de homologação da partilha ou adjudicação proferida no procedimento de arrolamento sumário inexiste a intervenção da Fazenda Pública, a qual, contudo, condiciona a expedição dos respectivos formais, à luz do quanto disposto no artigo 1031, § 2º, do CPC.

Destarte, nos inventários processados sob o rito do arrolamento sumário, nos quais, diga-se, é inviável o pagamento ou quitação do tributo de transmissão causa mortis, bem como tendo em vista a ausência de intervenção da Fazenda Pública até a prolação da sentença de homologação da partilha ou adjudicação, afigura-se incompetente o Juízo do inventário para reconhecer a isenção do ITCMD, por força do disposto no artigo 179 do CTN, o qual atribui à autoridade administrativa a competência para aferir o direito do contribuinte à isenção não concedida em caráter geral.

Nesse mesmo sentido já se decidiu, em processo submetido ao rito o artigo 543-C do CPC, senão confira-se:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. ARROLAMENTO SUMÁRIO POST MORTEM. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA ISENÇÃO DO ITCMD. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 179, DO CTN. 1. O juízo do inventário, na modalidade de arrolamento sumário, não detém competência para apreciar pedido de reconhecimento da isenção do ITCMD (Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens ou Direitos), à luz do disposto no caput do artigo 179, do CTN, verbis: "Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para concessão. (...)" 2. Como cediço, a abertura da sucessão (morte do autor da herança) reclama a observância do procedimento especial de jurisdição contenciosa denominado "inventário e partilha", o qual apresenta dois ritos distintos: "um completo, que é o inventário propriamente dito (arts. 982 a 1.030) e outro, sumário ou simplificado, que é o arrolamento (arts. 1.031 a 1.038)" (Humberto Theodoro Júnior, in "Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais", Vol.. III, 36ª Ed., Ed. Forense, pág.. 240). 3. O artigo 1.013, do CPC, rege o procedimento para avaliação e cálculo do

imposto de transmissão causa mortis no âmbito do inventário propriamente dito, assim dispondo: "Art. 1.013. Feito o cálculo, sobre ele serão ouvidas todas as partes no prazo comum de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório e, em seguida, a Fazenda Pública. § 1o Se houver impugnação julgada procedente, ordenará o Juiz novamente a remessa dos autos ao contador, determinando as alterações que devam ser feitas no cálculo. § 2o Cumprido o despacho, o juiz julgará o cálculo do imposto." 4. Consequentemente, em sede de inventário propriamente dito (procedimento mais complexo que o destinado ao arrolamento), compete ao Juiz apreciar o pedido de isenção do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis, a despeito da competência administrativa atribuída à autoridade fiscal pelo artigo 179, do CTN (Precedentes do STJ: REsp 138.843/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 08.03.2005, DJ 13.06.2005; REsp 173.505/RJ, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19.03.2002, DJ 23.09.2002; REsp 143.542/RJ, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 15.02.2001, DJ 28.05.2001; REsp 238.161/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.09.2000, DJ 09.10.2000; e REsp 114.461/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 09.06.1997, DJ 18.08.1997). *5. É que a prévia oitiva da Fazenda Pública, no inventário propriamente dito, torna despiciendo o procedimento administrativo, máxime tendo em vista o teor do artigo 984, do CPC, verbis: "Art. 984. O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas." 6. Por seu turno, os artigos 1.031 e seguintes, do CPC, estabelecem o procedimento a ser observado no âmbito do arrolamento sumário, cujo rito é mais simplificado que o do arrolamento comum previsto no artigo 1.038 e o do inventário propriamente dito, não abrangendo o cálculo judicial do imposto de transmissão causa mortis. 7. Deveras, o caput (com a redação dada pela Lei 7.019/82) e o § 1º (renumerado pela Lei 9.280/96) do artigo 1.031, do CPC, preceituam que a partilha amigável (celebrada entre partes capazes) e o pedido de adjudicação (formulado por herdeiro único) serão homologados de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas. 8. Entrementes, o artigo 1.034, do CPC (com a redação dada pela Lei 7.019/82), determina que, "no arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio" (caput), bem como que "o imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros" (§ 2º). 9. Outrossim, é certo que, antes do trânsito em julgado da sentença de homologação da partilha ou adjudicação (proferida no procedimento de arrolamento sumário), inexiste intervenção da Fazenda Pública, a qual, contudo, condiciona a expedição dos respectivos formais, à luz do disposto no § 2º, do artigo 1.031, do CPC, verbis: "Art. 1.031. (...) § 2o Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos. (Incluído pela Lei nº 9.280, de 30.5.1996)" 8. Consectariamente, nos inventários processados sob a modalidade de arrolamento sumário (nos quais não cabe o conhecimento ou a apreciação de questões relativas ao lançamento, pagamento ou quitação do tributo de transmissão causa mortis, bem como tendo em vista a ausência de intervenção da Fazenda até a prolação da sentença de homologação da partilha ou da adjudicação), revela-se incompetente o Juízo do inventário para reconhecer a isenção do ITCMD, por força do disposto no artigo 179, do CTN, que confere, à autoridade administrativa, a atribuição para aferir o direito do contribuinte à isenção não concedida em caráter geral. 9. Ademais, prevalece o comando inserto no artigo 192, do CTN, segundo o qual "nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas", impondo-se o sobrestamento do feito de arrolamento sumário até a prolação do despacho*

administrativo reconhecendo a isenção do ITCMD. 10. Assim, falecendo competência ao juízo do inventário (na modalidade de arrolamento sumário), para apreciar pedido de reconhecimento de isenção do ITCMD, impõe-se o sobrestamento do feito até a resolução da quaestio na seara administrativa, o que viabilizará à adjudicatária a futura juntada da certidão de isenção aos autos. 12. Recurso especial fazendário provido, anulando-se a decisão proferida pelo Juízo do inventário que reconheceu a isenção do ITCMD. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008" (REsp 1150356/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 25/08/2010).

Assim, reconsidera-se a decisão agravada para dar provimento ao próprio recurso especial e reformar o v. acórdão local que concedeu a isenção do ITCMD, ressalvando-se, todavia, a possibilidade de a regra isentiva ser aplicada na via administrativa.

Pois bem. Embora dois sejam os principais procedimentos de sucessão, o do inventário solene regido nos arts. 982 a 1030 do CPC e o do rito do arrolamento (arts. 1031 a 1038), apenas no primeiro é que se admite a discussão acerca do imposto, tanto na esfera administrativa como na judicial (art. 1013 do CPC):

Art. 1.013. Feito o cálculo, sobre ele serão ouvidas todas as partes no prazo comum de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório e, em seguida, a Fazenda Pública.

§ 1º Se houver impugnação julgada procedente, ordenará o juiz novamente a remessa dos autos ao contador, determinando as alterações que devam ser feitas no cálculo.

§ 2º Cumprido o despacho, o juiz julgará o cálculo do imposto.

No arrolamento o mesmo já não ocorre, quer por força do silêncio do art. 179 do CTN, quer por força do caput do art. 1.034 do CPC, que estabelece que ***não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento****, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio, seguido do seu já citado § 2º:*

O ***imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo****, conforme dispuser a legislação tributaria, não ficando as autoridades fazendárias administrativas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros.*

Conjugando, portanto, o art. 179 do CTN com o 1.034 do CPC, não há margem de dúvida de que, no caso versando, a isenção do imposto em questão não está a cargo do juízo do inventário, mas sim da autoridade administrativa.

Deste modo, em procedimento de jurisdição voluntária, ou seja, inventário processado pelo rito do arrolamento sumário, não tem o juízo competência para isentar a inventariante do pagamento do imposto causa mortis, o que torna inviável a preservação da sentença.

Em casos semelhantes, esta 5ª Câmara Cível assim decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL – ALVARÁ JUDICIAL PARA FINS DE SAQUE DE PIS E FGTS – PEDIDO DEFERIDO – PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA – REJEITADA – MÉRITO – ITCD IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO – ISENÇÃO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 126, I DA LEI Nº 1.810/97 – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Não houve julgamento extra petita, houve tão somente interpretação do pedido para uma efetiva prestação jurisdicional.

> *Nos inventários processados sob a modalidade de arrolamento sumário (nos quais não cabe o conhecimento ou a apreciação de questões relativas ao lançamento, pagamento ou quitação do tributo de transmissão causa mortis, bem como tendo em vista a ausência de intervenção da Fazenda até a prolação da sentença de homologação da partilha ou da adjudicação)***,** *revela-se incompetente o Juízo do inventário para reconhecer a isenção do ITCMD, por força do disposto no artigo 179, do CTN, que confere, à autoridade administrativa, a competência para aferição do direito do contribuinte à isenção não concedida em caráter geral.* (TJMS, Apelação Cível n. 2012.019466-5, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Quinta Câmara, j. 5.7.2012).
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO – IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS – ITCD - DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO – NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS CONSTANTES NA LEI ESTADUAL N. 1.810/97 – RECURSO PROVIDO. Se os bens a serem partilhados não atendem aos requisitos de previstos no art. 126 da Lei Estadual n. 1.810/97, não é cabível a declaração de isenção do ITCD."* (TJMS, Apelação Cível n. 2007.006472-0, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Câmara, j. 26.11.2009).
>
> *Posto isso, nos termos do artigo 557, caput, 2ª e 4ª figuras do Código de Processo Civil, conheço do recurso mas nego-lhe provimento, mantendo intacta a decisão vergastada por não ser possível ao juízo a concessão de isenção de recolhimento do ITCD, por força do artigo 179 do CTN, que confere à autoridade administrativa a competência para aferição do direito do contribuinte à isenção de tal tributo.*
>
> *Publique-se. Intimem-se. "*

Diante da possibilidade de exercer eventual juízo de retratação, procurei novamente analisar o ato recorrido em confronto com as razões do agravo interno, e cheguei à conclusão de que não devo dispor de maneira diversa porque os fundamentos da decisão agravada resistem ao presente recurso.

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. Luiz Tadeu Barbosa 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, 27 de março de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0003729-54.2011.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – ENERGIA ELÉTRICA – IRREGULARIDADE NO REGISTRO DE CONSUMO – NÃO FATURADO – COBRANÇA DEVIDA – IMPOSSIBILIDADE DE CONCEBER O ENRIQUECIMENTO INDEVIDO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO IMPROVIDO.

Independente da apuração da autoria da irregularidade, importante averiguar se o consumidor foi por ela favorecido, ou seja, se utilizava o serviço sem a devida contraprestação, o que aconteceu neste caso.

Utilizado o serviço, deve haver contraprestação, sob pena de permitir-se o enriquecimento sem causa (art. 844 do CC), notadamente quando demonstrado que o consumidor apropriou-se do serviço sem a necessária contraprestação, o que se verifica pelo considerável aumento de consumo após troca do medidor.

O consumidor não teve o fornecimento de energia de sua unidade suspenso e a concessionária não praticou qualquer ilicitude que justificasse a indenização por danos morais. (art. 186 do CC).

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, 22 de julho de 2014.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

José Aparecido Barbosa inconformado com a sentença proferida nos autos da presente ação de obrigação de não fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais, ajuizada contra Empresa Energética de Mato Grosso do Sul – ENERSUL, consistente em julgar parcialmente procedente os pedidos apenas para determinar a revisão dos débitos com base na média aritmética determinada na Resolução n. 456/2000 da ANEEL, interpõe recurso de apelação.

Alega, em síntese, que não deu causa a fraude/irregularidade no medidor e que não é de sua responsabilidade o pagamento pelos débitos gerados.

Pede o conhecimento e provimento do recurso para julgamento procedente dos pedidos iniciais e consequente declaração de inexigibilidade de débito e condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais.

Contrarrazões às f. 185-98, onde a apelada alega violação ao princípio da dialeticidade e, no mérito, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

José Aparecido Barbosa inconformado com a sentença proferida nos autos da presente ação de obrigação de não fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais, ajuizada contra Empresa Energética de Mato Grosso do Sul – ENERSUL, que julgou parcialmente procedente os pedidos apenas para determinar a revisão dos débitos com base na média aritmética determinada na Resolução n. 456/2000 da ANEEL, interpõe recurso de apelação.

Alega, em síntese, que não deu causa à fraude/irregularidade no medidor e que não é de sua responsabilidade o pagamento pelos débitos gerados.

A preliminar de violação ao princípio da dialeticidade alegada pela recorrida não merece prosperar.

É possível verificar a pretensão recursal pela simples leitura das razões de apelação, e o recorrente fez contar de sua peça recursal expressamente a pretensão de reforma da sentença, para se reconhecer indevida a cobrança do débito e, ainda, julgar procedente o pedido de danos morais.

Por essa razão, entendo que não há falar em falta de pedido na peça recursal.

No que tange ao mérito, *in casu*, reconheceu-se devida a cobrança da nota do débito e julgou-se improcedente o pedido de danos morais.

Verifico dos autos que a concessionária ora recorrida compareceu a unidade consumidora do apelante (UC n.º 01695754), na data de 22.08.2007, conformee Termo de Ocorrência de Irregularidade, e detectou que o medidor estava sem lacres de aferição (f. 24)

Na mesma data, foi retirado e lacrado o aparelho identificado sob o n.º J 34383-4, leitura n.º 00292, e instalado o de n.º K 26897-7, leitura n.º 00000, conforme comunicação de substituição de medidor (f. 26).

A Agência Estadual de Metrologia – INMETRO realizou uma inspeção no medidor retirado, e, constatou, *"medidor sem lacres da tampa de acrílico. Mancal suspenso prendendo o disco."* (f. 27).

Ao analisar o histórico de consumo daquela unidade consumidora (f. 64) e realizar uma conta aritmética simples, para se apurar a média do consumo dos cinco ciclos anteriores e posteriores à troca do medidor (8/2007), verifiquei que média anterior era de 107.8 kWh, enquanto a posterior atingiu 246.2 kWh, evidenciando, pois, um aumento significativo do consumo.

Cumpre pontuar que o recorrente em nenhum momento alegou e/ou provou a mudança dos hábitos das pessoas que residem naquela unidade, nem aumento de carga que justificasse o aumento do consumo.

Embora a concessionária atribua ao consumidor a responsabilidade pelos danos causados nos equipamentos de medição ou ao sistema elétrico da distribuidora, não há prova de que o autor seja o fraudador.

No entanto, é certo que houve consumo de energia elétrica não registrado em razão da fraude no medidor e dele se beneficiou o apelante, o que independe da apuração da autoria da fraude.

Tal autoria é necessária na esfera criminal, e aqui se trata de responsabilidade de pagamento pelo consumo de energia elétrica que não foi registro e que comprovadamente ocorreu, como pode ser verificado pelo aumento significativo do consumo após sanada a irregularidade, sem que tenha ocorrido aumento da carga instalada na unidade consumidora.

A utilização de energia elétrica sem a devida contraprestação é vedado pelo princípio do enriquecimento sem causa (art. 884 do CC).

Em casos tais, é conferido à recorrida o exercício regular de direito (art. 188, I, do CC), que é realizar tal cobrança.

Diante disto, incumbe ao recorrente o ônus de arcar com a energia consumida e não paga.

Os documentos acostados demonstram a constatação de irregularidade e a apuração do valor devido, na forma regulamentar, pelo que não vejo razão para declarar a inexistência da dívida cobrada pela concessionária, de modo que a súplica recursal não deve ser acolhida.

Colha-se da jurisprudência os seguintes julgados:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – ENERGIA ELÉTRICA – IRREGULARIDADES NO MEDIDOR DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA – LACRES VIOLADOS – FRAUDE DETECTADA NO MEDIDOR – CONSUMO MUITO INFERIOR COMPROVADO PELAS FATURAS – ATO ILÍCITO CARACTERIZADO – RECURSO PROVIDO.*
>
> *2. Comprovada a fraude no relógio medidor em razão da violação do lacre interrupção da bobina de potencial que impediram o registro correto do consumo da energia elétrica, pode a concessionária cobrar os valores não pagos pelo consumidor em virtude da fraude, com possibilidade de suspensão do fornecimento de energia ao imóvel do consumidor se não for pago o valor do consumo arbitrado.* (Apelação n.º 0801723-70.2012.8.12.0008 - Corumbá - Relator – Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. 3.ª Câmara Cível. J. 17/12/2013).

No que tange a forma de cobrança, agiu com acerto a concessionária pois seguiu as determinações estabelecidas pela ANEEL, por meio de resolução.

Assim estabelece o art.71 da Resolução 456/00:

> *Art. 71. Comprovada deficiência no medidor ou demais equipamentos de medição e na impossibilidade de determinar os montantes faturáveis por meio de avaliação técnica adequada, a concessionária adotará, como valores faturáveis de consumo de energia elétrica e de demanda de potência ativas, de energia elétrica e de demanda de potência reativas excedentes, as respectivas médias aritméticas dos 3 (três) últimos faturamentos.*

Este é o entendimento que melhor se coaduna com a defesa dos direitos dos consumidores, já que o pagamento do débito recuperado deve corresponder à culpa de cada usuário, evitando-se, de um lado, o abuso na arrecadação da tarifa e, de outro, a apropriação indevida de energia elétrica sem a necessária contraprestação.

Diante da ausência de efetiva comprovação de que o recorrente tenha empregado subterfúgios para a redução do consumo, prova esta que cabia a recorrida (art. 333, II, do CPC), a responsabilidade pelo débito oriundo da eventual diferença de consumo há de se calcular sobre a média de consumo com base nos parâmetros do art. 71 da Resolução 456/00 da ANEEL.

Nesse sentido:

> *"(...) Indubitável o erro na medição do consumo, mas impossível determinar se houve fraude pelo consumidor ou ineficiência na prestação do serviço público, os valores devidos pelo apelado devem ser apurados a partir da média aritmética dos três últimos meses de faturamento, ex vi da regra do artigo 71 da Resolução nº 456/2000 da ANEEL Agência Nacional de Energia Elétrica.* (Apelação – Nº 0006345-23.2010.8.12.0001 – Campo Grande, Relator Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran, 1.ª Câmara Cível, julgado 29 de outubro de 2013)

Exatamente porque o débito existe e é de responsabilidade do consumidor apelante, também não prospera o pedido de dano moral.

O recorrente não teve o fornecimento de energia de sua unidade suspenso, e nem sofreu ameaça de suspensão.

Deste modo, mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada, estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

A indenização por dano moral, assim, é devida quando se verifica a lesão a um dos direitos da personalidade (como, por exemplo, imagem, honra, dignidade), o que não ocorreu.

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONCESSIONÁRIA QUE ALEGA FRAUDE NO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – AUSÊNCIA DE CORTE DE ENERGIA – DESCONHECIMENTO DE INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO – MERO ABORRECIMENTO DO CONSUMIDOR – DEVOLUÇÃO EM DOBRO – DESCABIMENTO – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DA APELADA – JUROS DE MORA – RELAÇÃO CONTRATUAL – FLUÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *I – A mera alegação de fraude no medidor de energia elétrica, por si só, não tem o condão de ensejar dano de ordem moral, ainda mais quando inexiste corte no fornecimento, tampouco se alega existência de inscrição em órgão de proteção ao crédito, caracterizando a situação mero aborrecimento não indenizável. (...)* (Apelação - Nº 0802125-63.2012.8.12.0005 – Aquidauana, Relator Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, 5ª Câmara Cível, julgado 5 de junho de 2014)
>
> *Diante do exposto, conheço do recurso mas a ele nego 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. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 22 de julho de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0040521-57.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PERMANÊNCIA DO CLIENTE NA FILA DE ATENDIMENTO BANCÁRIO EM TEMPO SUPERIOR ÀQUELE ESTABELECIDO EM LEI MUNICIPAL – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A permanência do consumidor em fila de banco à espera de atendimento por tempo superior ao estabelecido na Lei Municipal ofende a dignidade da pessoa humana, devendo a instituição financeira ser condenada ao pagamento pelos danos morais ocasionados.

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

Campo Grande, 22 de julho de 2014.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Everaldo Silveira Braga, contra a sentença que julgou improcedente a presente ação de indenização por danos morais que move em desfavor do Banco HSBC Bank Brasil S.A, por ter que ficar aguardando na fila de atendimento por mais de uma hora.

Sustenta que o tempo de espera na fila em tempo superior ao permissivo legal, ocasiona transtornos a dignidade da pessoa humana, passível de reparação por meio de indenização.

Narra que o ato ilícito restou configurado por transgressão a norma municipal (Lei n.º 4.303/2005), que dispõe sobre a obrigação das agências bancárias sediadas no Município de Campo Grande a prestarem atendimento aos consumidores em tempo razoável, qual seja, de 15 a 25 minutos.

Pede o conhecimento e provimento do recurso com consequente reforma do julgado e condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais em valor a ser arbitrado.

Contrarrazões às f .97-109, onde o apelado alega que *"a espera na fila, seja do banco, seja do cinema, seja do estacionamento, por mais irritante que seja não é capaz de atingir a dignidade da pessoa humana, numa perspectiva de dano moral, tendo em vista que não causam, no mais das vezes, como enfatizado, um dor íntima capaz de justificar uma condenação a título de danos morais"*.

Informa que na data do ocorrido, 09/04/2012 (segunda-feira), era dia de pagamento dos funcionários públicos da Prefeitura Municipal de Campo Grande. Além disso, na sexta-feira anterior (dia 06/04/2012) foi feriado, o que aumentou os vencimentos para pagamento nas agência bancárias. Entende que não houve ato ilícito o que afasta a condenação em danos morais. Pede, alternativamente, em caso de condenação, que sejam respeitados os princípios da razoabilidade e propoorcionalidade.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Everaldo Silveira Braga, contra a sentença que julgou improcedente a presente ação de indenização por danos morais que move em desfavor do Banco HSBC Bank Brasil S.A, por ter ficado aguardando na fila de atendimento por mais de uma hora.

Pois bem. Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por consumidor em face de instituição financeira, objetivando reparação pelo dano moral sofrido em razão da demora no atendimento.

Fica claro, pois, que as relações havidas entre o banco requerido e o requerente e aqui discutidas são regidas por normas consumeiristas, estando esse entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência pátrias.

No caso dos autos, o requerente alega ter sofrido dano moral em razão da demora no atendimento bancário em uma das agências da requerida, utilizando-se como fundamento de direito a Lei Municipal n.º 4.303/2005, que estabeleceu as diretrizes a serem seguidas pelas instituições bancárias locais, quanto ao tempo de atendimento dos usuários.

Constou da inicial que o autor, no dia 09/04/2012, dirigiu-se até uma das agências da apelante (Av. Afonso Pena, 2440), e permaneceu por 1 hora e 07 minutos na fila para ser atendido, quando o tempo de espera máximo determinado pela lei municipal é até quinze minutos nos dias normais, até vinte minutos em dias de pagamento de funcionários públicos e vencimento de contas junto ao Poder Público e à concessionárias, e até vinte e cinco minutos, em caso de véspera ou após feriados prolongados..

Ora, é público e notório o descaso com o qual vêem sendo tratados os cidadãos que buscam os serviços bancários, revelado a partir da manifesta insuficiência de pessoal destinado ao atendimento, sujeitando os usuários, por conseguinte, a longo tempo de espera nas filas.

Com vistas a amenizar referida situação, sobreveio a Lei Municipal nº 4.303/2005 disciplinando o tempo de atendimento ao usuário do sistema bancário local , dentro de suas agências, sob a ótica da rapidez e presteza, zelando pela qualidade e fixando tempo máximo para o atendimento, sob pena de aplicação de multa.

Nesse sentido, eis o que estatui o art. 2.º da referida lei municipal:

> *Art. 2.º - Para os efeitos desta Lei, considera-se tempo razoável para atendimento: I - até 15 (quinze) minutos em dias normais; II - até 20 (vinte) minutos nos dias de pagamentos dos funcionários públicos municipais, estaduais e federais, de vencimentos de contas de concessionárias de serviços públicos e de recebimentos de tributos municipais, estaduais e federais. III - até 25 (vinte e cinco) minutos em véspera ou após feriados prolongados; § 1.º - Os bancos ou suas entidades representativas informarão ao órgão encarregado de fazer cumprir esta Lei as datas mencionadas nos incisos II e III.*

> *§ 2.º - Na hipótese de não encaminhamento das informações referidas no parágrafo anterior, será adotado o calendário aplicável ao Município de Campo Grande, excetuados os pontos facultativos municipais. (destaquei).*

Ressalte-se que a apelada, em sua defesa, justifica o atraso no atendimento por ser dia de pagamento de funcionários públicos e pós feriado.

Para estas situações, a Lei prevê como tempo razoável para atendimento,o prazo máximo de 20 e 25 minutos, respectivamente.

Nesse contexto, apesar da superação do tempo referido na Lei não ser motivo para, por si, ensejar dano moral, o fato é que o legislador traçou um limite considerado razoável para os dias de excepcional atendimento como no referido caso, que não foi observado pela instituição financeira.

Aliado a isso, tem-se o fato, não contestado pela apelada, de que no referido dia apenas dois caixas de atendimento estavam funcionando. Ou seja, em dia de excepcional funcionamento (pagamento e pós feriado), a instituição financeira estava operando apenas com dois caixas, o que não pode ser admitido.

A dignidade pessoal do autor, enquanto usuário do serviço, inegavelmente restou violada pelo descaso com que a instituição bancária trata seus usuários, revelado a partir da manifesta insuficiência de pessoal destinado ao atendimento nos caixas, culminando com tempo de espera muito além do que se entende razoável.

Ainda que não houvesse Lei Municipal definindo o tempo máximo de espera em 25 minutos, não é razoável impor ao cliente mais de uma hora de espera para atendimento no caixa.

Assim, entendo que tal fato seja passível de ensejar indenização por danos morais, em especial pela aplicação da função dissuasória do instituto, com que se visa evitar a repetição de situações desrespeitosas semelhantes.

Nesse contexto, é possível afirmar, com segurança, que a espera por atendimento durante tempo desarrazoado constitui um dos elementos a serem considerados para aferição do constrangimento moral, mas não o único. Não será o mero desrespeito ao prazo objetivamente estabelecido pela norma municipal que autorizará uma conclusão afirmativa a respeito da existência de dano moral indenizável.

Também há de se levar em conta outros elementos fáticos.

O artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, que trata da responsabilidade pelo fato do serviço, prevê:

> *"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."*

O § 3.º do citado artigo, estabelece as hipóteses de excludente de responsabilidade, nos seguintes termos:

> *"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 presente caso, de acordo com o disposto no artigo 14 do CDC, o apelado responde independentemente de culpa, ou seja, para que exista o dever de indenizar é necessário somente a presença do ato ilícito, o nexo causal e o dano.

In casu, em análise dos documentos juntados aos autos (f. 12), verifica-se que na data de 09/04/2012, o apelante retirou senha para atendimento nos Caixas da agência do Banco apelado às 13h 31min, sendo atendido somente às 14h 38min.

Percebe-se, portanto, que o tempo de espera a que foi submetido o apelante para ser atendido pela agência bancária ultrapassou, e muito, o limite máximo permitido por lei. Além disso, como não houve nenhum fato imprevisível que pudesse justificar a demora no atendimento, patente é o dever de indenizar do apelado.

Com efeito, adotando os estabelecimentos bancários a política de redução do número de funcionários, com maior automatização dos serviços, devem suportar os efeitos disfuncionais que isso possa acarretar, em termos de atendimento aos seus usuários.

Conclui-se, então, que o apelado descumpriu o disposto no Código de Defesa do Consumidor, bem como a Lei Municipal n.º 4.033/2005, e ainda lesionou a moral e a dignidade do apelante, que teve o seus direitos de usuário dos serviços bancários desrespeitado, fazendo *jus* a indenização por danos morais pleiteados.

Nesse sentido:

> *"ESPERA EM FILA. BANCO. LEI DISTRITAL. DESRESPEITO. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR. ARBITRAMENTO. PARÂMETROS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CARÁTER PENITENCIAL. LIMITES. -As turmas recursais têm reconhecido a espera em fila de banco, além dos limites fixados pela Lei Distrital nº. 2547/2000, como fato caracterizador do dano moral. -Esta espécie de dano resulta da mudança do estado anímico da pessoa, como a angústia, a dor, a depressão, a raiva, o mal-estar, a humilhação, o qual, por sua natureza, não demanda prova, senão a demonstração do próprio fato ilícito (re in ipsa). -O valor arbitrado tem por escopo trazer um alento, uma compensação capaz de diminuir a dor e o sofrimento decorrentes da ofensa moral. -O juiz deve graduar o valor atentando para o dano que o fato alegado é capaz de gerar, de forma a ser proporcional à lesão, razoável ao fim buscado, sem perder de vista também o seu caráter penitencial, preservando a lógica e as regras ditadas pelo bom senso e a experiência. -recurso parcialmente provido.* (Classe do Processo: 2006 11 1 005576-2 ACJ -0005576-62.2006.807.0011 (Res.65 -CNJ) DF, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Rel. Luis Gustavo B. de Oliveira, DJ-e: 29/04/2008).

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL AFASTADA. MÉRITO. ATO ILÍCITO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PERMANÊNCIA DO CLIENTE NA FILA DE ATENDIMENTO BANCÁRIO EM TEMPO SUPERIOR ÀQUELE ESTABELECIDO EM LEI. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTELATÓRIO. RECURSO IMPROVIDO. Se não restar configurada quaisquer das condições estabelecidas no parágrafo único do artigo 295 do Código de Processo Civil, não há se falar em inépcia da inicial. A permanência do consumidor em fila de banco à espera de atendimento por tempo superior ao estabelecido na Lei Municipal ofende a dignidade da pessoa humana, devendo a instituição financeira ser condenada ao pagamento pelos danos morais ocasionados. Em razão da ausência de recurso da parte autora, deve ser mantido*

o valor da indenização fixado de forma moderada pelo juiz a quo, mesmo quando este não se apresentar suficiente para desencorajar o ofensor a repetir a conduta ilícita, sob pena de incorrer em reformatio in pejus. Não se há falar em litigância de má-fé quando inexiste a demonstração do caráter protelatório do apelo. (TJMS; AC-Or 2011.005986-3/0000-00; Campo Grande; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; DJEMS 22/03/2011; Pág. 32)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERMANÊNCIA DO CLIENTE NA FILA DE ATENDIMENTO BANCÁRIO EM TEMPO SUPERIOR ÀQUELE ESTABELECIDO EM LEI MUNICIPAL. ABALO MORAL PRESUMIDO. DESNECESSIDADE DE PROVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANTIDO. RECURSO IMPROVIDO. A permanência do consumidor em fila de banco à espera de atendimento por tempo superior ao estabelecido na Lei Municipal ofende a dignidade da pessoa humana, ensejando a reparação pecuniária pelos danos morais sofridos pelo ofendido. Em tema deindenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional à lesão experimentada pela vítima, calcado na moderação e razoabilidade, valendo-se de sua experiência e de seu bom senso, sempre atento a realidade dos fatos e as peculiaridades de cada caso, evitando o enriquecimento sem causa. (TJMS; AC-Or 2011.030526-5/0000-00; Campo Grande; Quarta Turma Cível; Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro; DJEMS 28/11/2011; Pág. 38)

Na quantificação do dano moral deve-se valer de critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas conseqüências, para que não constitua a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

In casu, em razão da conduta ilícita da apelada, consistente na falha de sua prestação de serviços bancários o que culminou em excessivo tempo de espera gera dano moral.

A ilicitude da conduta da requerida é latente nos autos, já que não tomou as cautelas necessárias para evitar transtornos e respeitar seus cliente.

Posto isto, tendo em vista ser a parte apelada é conhecida nacionalmente e possui um expressivo patrimônio e considerando as peculiaridades do caso concreto, e em observação ao grau de culpa, a lesividade do ato e a repercussão da ofensa, tenho como justo o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais.

Esse *quantum*, além de ser perfeitamente possível de ser reparado pela apelada, compensa, condignamente, os tormentos sofridos pelo apelante, em razão dos dissabores causados pelo evento ocorrido, e serve como desestímulo para o fato se torne reiterado.

No que tange aos honorários advocatícios, é sabido que o arbitramento de honorários advocatícios não deve ser alto demais a ponto de penalizar em excesso o sucumbente, nem diminuto a ponto de penalizar o advogado. Equidade não e modicidade e julgar por equidade não significa baratear a sucumbência

Do exposto, dou provimento ao recurso de apelação e condeno HSBC Bank Brasil SA - Banco Múltiplo ao pagamento de indenização por danos morais ao apelante no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV desde a data do julgamento do acórdão e acrescido de juros de mora de 1% a partir do evento danoso, além do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor 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. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 22 de julho de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0042704-06.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS – PARTE VENCIDA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA – RESTITUIÇÃO INDEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A cobrança do valor da perícia deverá ser feita ao próprio sucumbente desde que cessado o seu estado de pobreza nos cinco anos subsequentes, na forma do artigo 12 da Lei n.º 1060/50.

O Estado presta assistência judiciária à parte mas não a substitui. O entendimento contrário afronta a lei, eis que possibilitaria a condenação do advogado, e não da parte, ao pagamento de custas e despesas processuais.

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, 24 de junho de 2014.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra a sentença que julgou improcedente o pedido inicial, mas o condenou ao pagamento das despesas com os honorários periciais, já que a parte vencida é beneficiária da justiça gratuita.

Em suas razões recursais, pugna para que a requerente-apelada seja condenada ao ressarcimento de tal valor e, em virtude da mesma ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, que a responsabilidade recaia sobre o Estado de Mato Grosso do Sul.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra a sentença que julgou improcedente o pedido inicial e condenou o requerente-apelado ao pagamento dos ônus da sucumbência e das despesas com os honorários periciais, já que a parte vencida é beneficiária da justiça gratuita.

Em suas razões recursais, pugna para que a responsabilidade do ressarcimento do valor dos honorários periciais recaia sobre o Estado de Mato Grosso do Sul, em virtude da vencida ser beneficiária da assistência judiciária.

Dispõe o artigo 11 da Lei n.º 1.060/50 que "o*s honorários de advogados e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciários serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário de assistência for vencedor na causa".*

O artigo 12 da referida lei também determina que *"a parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita*".

Assim, inviável o acolhimento da pretensão do instituto-recorrente, pois a cobrança do valor da perícia deverá ser feita ao próprio sucumbente, no caso, o requerente, desde que cessado o seu estado de pobreza nos cinco anos subsequentes.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina pacificou essa orientação recentemente, como se vê dos julgados a seguir:

> *AGRAVO (§ 1º do art. 557, do CPC) EM APELAÇÃO CÍVEL. INFORTUNÍSTICA. DISACUSIA. REDUÇÃO AUDITIVA EM GRAU LEVE QUE NÃO INTERFERE NAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS. AUXÍLIO-ACIDENTE INDEVIDO. HONORÁRIOS PERICIAIS. ADIANTAMENTO PELA AUTARQUIA. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURADO ISENTO DAS CUSTAS DE SUCUMBÊNCIA NA FORMA DO ART. 129, § ÚNICO, DA LEI 8.213/91. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP. 1.108.298/SC, representativo de controvérsia, pacificou o entendimento de que para a concessão de auxílio-acidente fundamentado na perda de audição é necessária a comprovação do nexo causal entre a lesão e a atividade laboral e a diminuição efetiva e permanente da capacidade para a atividade que o segurado habitualmente exercia. (AGRG no AREsp 108.345/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11.9.2012) Justamente por ser o segurado isento de custas e demais despesas relativas à sucumbência é que o art. 8º, § 2º, da Lei n. 8.620/93 estabeleceu a obrigação do INSS de adiantar o pagamento das despesas da perícia judicial, ainda que requerida somente pelo segurado. Ademais, a Lei não estabeleceu a possibilidade de o INSS ser ressarcido da quantia despendida para a antecipação dos honorários do perito, de sorte que depositado o respectivo valor, não há como recuperá-lo em favor da autarquia*
>
> (AC. N.2010074558-3, Rel. Des. Jaime Ramos, j. 3.2.2011). (TJSC; AG-AC 2012.064502-1/0001.00; Criciúma; Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Pedro Manoel Abreu; Julg. 11/06/2013; DJSC 17/06/2013; Pág. 228)
>
> *ACIDENTE DO TRABALHO. Fratura na porção anterior do corpo vertebral da primeira vértebra lombar. Inexistência de incapacidade, parcial ou total, para o exercício da atividade laborativa atestada por perícia judicial. Benefício indevido. Sentença mantida. Pretensão recursal do INSS subsumida à devolução dos honorários periciais adiantados, decorrente da improcedência da ação acidentária. Restituição indevida. Recursos desprovidos.*
>
> (TJSC; AC 2013.051832-5; Rio do Sul; Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. César Mimoso Ruiz Abreu; jul. 07/05/2014; DJSC 12/05/2014; pág. 278)

Assim, voto no sentido de conhecer do recurso apresentado pelo requerido e negar-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 24 de junho de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0000837-33.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ROMPIMENTO DE NOIVADO – CONTRIBUIÇÃO DA AUTORA PARA CONSTRUÇÃO DE CASA NO TERRENO DOS REQUERIDOS – DANOS MATERIAIS – INDENIZAÇÃO RESTRITA AS DESPESAS EFETIVAMENTE COMPROVADAS – CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE O EFETIVO DESEMBOLSO – DANOS MORAIS INDEVIDOS – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO DOS REQUERIDOS PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTAR DA CONDENAÇÃO DESPESAS NÃO COMPROVADAS – RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO PARA QUE A CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDA DESDE O EFETIVO DESEMBOLSO.

A indenização por danos materiais deve restringir-se aos valores comprovadamente gastos pela autora na construção da casa que, quando do rompimento do noivado, ficou na posse de seu ex-noivo e do pai deste (proprietário do terreno em que foi edificado o imóvel).

A correção monetária dos danos materiais deve ter como termo *a quo* a data do efetivo desembolso, uma vez que tem como intuito recompor o valor da moeda.

Rompimento de noivado não dá, por si só, ensejo a reparação por dano moral, que somente se justifica em situações excepcionais, quando comprovado que as circunstâncias em que ocorreu a ruptura excederam a normalidade, acarretando ofensa a honra ou dignidade da pessoa humana.

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 parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de abril de 2014.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Fábio Rogério da Silva Vieira e Antônio Barbosa Vieira e, ainda, por Luciane Rosa de Araújo, nos autos de Ação de Indenização movida por esta última em desfavor dos primeiros, em face da sentença de parcial procedência do pedido inicial, que condenou os requeridos, solidariamente, ao pagamento de R$ 24.936,14, à autora, por danos materiais.

Fábio Rogério da Silva Vieira e Antônio Barbosa Vieira, nas razões recursais de fls. 256-263, aduzem que deve ser excluído do valor da condenação o montante de R$ 2.635,00 – referente aos valores

de orçamento e pedidos de fls. 41-44, uma vez que não comprovados por notas fiscais, sendo que há valores cobrados em duplicidade.

Dizem que os produtos adquiridos pelas notas fiscais de fls. 33-34 (R$ 1.329,00) foram entregues na residência da autora e não no local da construção, portanto, tal valor também deve ser excluido da condenação.

Alegam, ainda, que parte das transferências bancárias de fls. 47, foram recebidas pela autora e não pagas por ela, assim, há de se excluir da condenação o montante de R$ 3.820,00, devendo a condenação ser reduzida para o total de R$ 13.432,14.

Contrarrazões apresentadas às fls. 285-291.

Luciane Rosa de Araújo, nas razões recursais de fls. 266-281, alega que todos os valores que obteve por meio de empréstimos bancários foram despendidos na construção, como se vê da prova testemunhal, logo, a sentença deve ser reformada para que a condenação por danos materiais seja majorada para R$ 39.538,49.

Assevera que os danos morais decorrem do rompimento injustificado do noivado, logo após a construção do imóvel, sendo que a apelante edificou em terreno alheio para constituir um lar ao lado de seu noivo.

Diz que as despesas devem ser atualizadas apartir do desembolso pela apelante e não apartir do ajuizamento da ação, nos termos do art. 186 do Código Civil e Súmula nº 43 do Superior Tribunal de Justiça.

Requer, ao final, o provimento do recurso a fim de que os apelados sejam condenados ao pagamento do valor de R$ 39.538,49, além de indenização por danos morais, suportando integralmente as verbas sucumbenciais e fixando-se o termo inicial da correção monetária desde a data do desembolso.

Às fls. 293-295 foram apresentadas contrarrazões ao recurso de Luciane Rosa de Araújo.

É o relatório.

Ao Revisor.

VOTO

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

Consoante relatado, trata-se de recursos de apelação interpostos por Fábio Rogério da Silva Vieira e Antônio Barbosa Vieira e, ainda, por Luciane Rosa de Araújo, nos autos de Ação de Indenização movida por esta última em desfavor dos primeiros, em face da sentença de parcial procedência do pedido inicial, que condenou os requeridos, solidariamente, ao pagamento de R$ 24.936,14, à autora, por danos materiais.

Cuida-se de pedido de indenização em que a autora pretende ser indenizada em decorrência de construção para a qual contribuiu durante o noivado com o requerido Fábio Rogério da Silva Vieira, no terreno de propriedade do pai deste – Antônio Barbosa Vieira.

Verificados os requisitos exigidos, passo à análise das razões recursais.

Do recurso interposto por Fábio Rogério da Silva Vieira e Antônio Barbosa Vieira.

Aduzem, em síntese, que deve ser excluido do valor da condenação o montante de R$ 2.635,00 – referente aos valores de orçamento e pedidos de fls. 41-44, vez que não comprovados por notas fiscais, sendo que há valores cobrados em duplicidade; que os produtos adquiridos pelas notas fiscais de fls. 33-34 (R$ 1.329,00) foram entregues na residência da autora e não no local da construção, portanto, tal valor também deve ser excluido da condenação e que às transferências bancárias de fls. 47, foram na verdade recebidas pela autora e não pagas por ela, assim, há de se excluir da condenação o montante de R$ 3.820,00, devendo a condenação ser reduzida para o total de R$ 13.432,14.

Vê-se da sentença objurgada que a condenação dos requeridos em danos materiais considerou as transferências bancárias ao segundo réu no valor equivalente a R$ 11.896,70 (onze mil, oitocentos e noventa e seis reais e setenta centavos), conforme indicados à fl. 47.

Contudo, observa-se da planilha de fl. 47, que os valores de R$ 970,00, R$ 1.500,00 e R$ 1.350,00, datados de 08/08/2005, 02/10/2006 e 03/10/2006, dizem respeito, em verdade, a depósitos creditados na conta da requerida, como se vê dos extrados de fls. 50 e 64, e não a transferências feitas por ela em favor do segundo requerido.

Assim, nesse ponto, com razão os apelantes, devendo ser reduzido do valor da condenação, o montante de R$ 3.820,00, referente aos valores indicados acima.

Já em relação aos valores indicados nas notas fiscais de fls. 33-34, devem ser mantidos na condenação, vez que o endereço que lá consta é o endereço da adquirente, não sendo especificado se é o mesmo da entrega.

Outrossim, os materiais lá indicados são condizentes com a construção e mesmo que fosse constatado a entrega em local distinto da obra, tal fato, por si só, não levaria a conclusão de que foram utilizados em local distinto.

Em relação aos valores indicados nos documentos de fls. 42-44 (R$ 688,00; R$ 145,00 e R$ 152,00)+50 entendo que devem ser retirados da condenação, uma vez que não se trata de notas fiscais, não havendo qualquer indicação de pagamento ou entrega dos materiais lá indicados.

Já quanto ao documento de fl. 41, embora não se trate de nota fiscal, entendo que deva ser considerado, pois possui um carimbo de pago. Ressalte-se que a parte requerida admitiu que a autora contribuiu com as despesas da obra, somente conseguindo comprovar o reembolso de R$ 4.790,00, o qual foi descontado dos valores pagos por ela.

Contudo, do valor indicado no documento de fl. 41, deve ser descontado o valor do cheque acostado à fl. 85, uma vez que este diz respeito a pagamento de parcela referente aos serviços de marmoraria indicados no primeiro documento, assim, deve se proceder com o desconto de R$ 550,00 do valor da condenação.

Assim, do valor da condenação por danos materiais somente deve ser excluido o *quantum* de R$ 5.355,00, ou seja, deve haver redução para R$ 19.581,14.

Do recurso de Luciane Rosa de Araújo.

Alega que todos os valores que obteve por meio de empréstimos bancários foram despendidos na construção, como se vê da prova testemunhal, logo, a sentença deve ser reformada para que a condenação por danos materiais seja majorada para R$ 39.538,49; que os danos morais decorrem do rompimento injustificado do noivado, logo após a construção do imóvel, sendo que a apelante edificou em terreno alheio para constituir um lar ao lado de seu noivo e que as despesas devem ser atualizadas apartir do desembolso pela apelante e não apartir do ajuizamento da ação, nos termos do art. 186 do Código Civil e Súmula nº 43 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos danos materiais, somente deve ser restituído à autora o valor daqueles devidamente comprovados.

Acerca do ônus da prova, esclarece Cândido Rangel Dinamarco:

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

Assim, considerando que a autora não se desimcumbiu de seu ônus de comprovar que a totalidade dos valores decorrentes de empréstimos que contratou foram despendidos na obra, não há falar em restituição desses valores, mas apenas daqueles que foram devidamente comprovados.

Quanto aos danos morais, a sentença deve ser mantida, uma vez que o simples rompimento de noivado não tem o condão de ofender a moral ou honra da pessoa.

No caso, não se vislumbra qualquer situação excepcional que justifique uma reparação por dano moral; bem como não foi apontada nenhuma situação extrema de dor, humilhação, desprezo, angustia da autora.

Muito embora não se negue a dor que possa decorrer de um rompimento de relacionamento amoroso, no caso não se constatou quaisquer circunstâncias excepcionais que pudessem caracterizar o cometimento de ato ilícito por qualquer uma das partes. Assim, não há falar em dever indenizatório por parte dos requeridos.

Neste sentido, colho precedentes:

> *APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ROMPIMENTO DE NOIVADO DANOS MATERIAIS - COMPRA DE CASA - CONTRIBUIÇÃO FINANCEIRA DE AMBAS AS PARTES - DEVER DE INDENIZAR PROPORCIONALMENTE AO VALOR GASTO POR CADA UM - DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS - AUSÊNCIA DE COMETIMENTO DE ATO ILÍCITO - ROMPIMENTO QUE SE DEU SEM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL QUE PUDESSE CARACTERIZAR ATO ILÍCITO - CONDENAÇÃO AFASTADA RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO Não ostenta procedência o pleito de indenização por dano moral em decorrência de rompimento de noivado, visto esse fato por si só não constituir ato ilícito.* (TJ-PR, Relator: José Augusto Gomes Aniceto, Data de Julgamento: 31/05/2012, 9ª Câmara Cível)
>
> *APELAÇÃO CÍVEL Nº 050050030407APELANTE: ELIENE OLIVEIRA AMORIMAPELADO: JADER PEREIRA GOMES DA SILVARELATOR: DES. CARLOS SIMÕES FONSECA A C Ó R D Ã O EMENTA: APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ROMPIMENTO DE NOIVADO - ALEGAÇÃO DE EMPRÉSTIMO - NÃO COMPROVAÇÃO - DANOS MATERIAIS AFASTADOS - DANOS MORAIS - NÃO CARATERIZAÇÃO DE ATO ILÍCITO - FATO NATURAL DA VIDA - RECURSO IMPROVIDO. 1. O término de um relacionamento afetivo constitui um fato natural de vida, não havendo qualquer ilicitude a ensejar a responsabilidade civil de quaisquer das partes envolvidas. 2. É incabível o pedido de indenização por dano moral decorrente do rompimento de noivado se o*

episódio não é marcado por nenhum acontecimento excepcional, como violência física ou moral, e também se não houve ofensa contra a honra ou a dignidade da pessoa. 3. A procedência do pedido de danos materais fica condicionada à comprovação do prejuízo. No caso dos autos, a apelante não comprovou ter emprestado valores ao apelado, o que impõe o afastamento do pleito neste particular. 4. Recurso improvido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDA a Colenda Primeira Câmara Cível, na conformidade da ata da sessão, à unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto do eminente relator. Vitória/ES, 03 de Maio de 2011. PRESIDENTE RELATOR PROCURADOR DE JUSTIÇA (TJES, Classe: Apelação Civel, 50050030407, Relator : CARLOS SIMÕES FONSECA, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 03/05/2011, Data da Publicação no Diário: 26/05/2011)

(TJ-ES - AC: 50050030407 ES 50050030407, Relator: CARLOS SIMÕES FONSECA, Data de Julgamento: 03/05/2011, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/05/2011)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ROMPIMENTO DE NOIVADO - ATO QUE POR SI SÓ NÃO É ILÍCITO - INTENÇÃO DE PREJUDICAR NÃO EVIDENCIADA - AUSÊNCIA DE PROPOSTA SÉRIA E DE DATA MARCADA PARA O CASAMENTO - MERA EXPECTATIVA DECORRENTE DE APROXIMADAMENTE TRÊS ANOS DE RELAÇÃO AFETIVA - ÔNUS DA PROVA DA AUTORA - EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ATO ILÍCITO NÃO CARACTERIZADO - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR AFASTADA - RECURSO PROVIDO. 1. O ônus de provar a intenção de prejudicar ou algum fato que fuja à normalidade quando do rompimento do noivado incumbe à parte autora, nos moldes do art. 333, I, do Código de Processo Civil. Inexistindo proposta séria e de data marcada para o casamento, referida união marital configura mera expectativa decorrente de aproximadamente três anos de relação afetiva, não caracterizando ato ilícito o rompimento do noivado nessas condições. 2. "A simples ruptura do noivado não legitima só por isso a pretensão indenizatória, se não vislumbrada a ilicitude no rompimento. Mas também para a configuração dos pressupostos necessários à responsabilidade civil, reclama-se que a promessa não cumprida de casamento tenha se revestido de seriedade, firmeza e certeza de convicção quanto à sua viabilidade (...)" (Yussef Said Cahali, Dano Moral. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 649/650) (TJ-SC - AC: 115390 SC 2003.011539-0, Relator: Denise Volpato, Data de Julgamento: 19/06/2009, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Joinville)

No concernente ao termo a quo da correção monetária, com razão a apelante, uma vez que deve incidir desde a data do desembolso, já que visa apenas à manutenção do poder de aquisição do capital.

Aplicabilidade da Súmula 43/STJ: "Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo"

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CRUZAMENTO NÃO SINALIZADO. PREFERÊNCIA DO VEÍCULO DA DIREITA. CULPA CONCORRENTE NÃO COMPROVADA. DANO MATERIAL. MANUTENÇÃO DO VALOR. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DO DESEMBOLSO. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. PERCENTUAL. LIMITE ESTABELECIDO NA LEI. 1. Tem preferência, em cruzamento não sinalizado, o veículo que provém da direita. 2. A condenação por danos materiais correspondem aos gastos efetivamente desembolsados pela parte. 3. Nos danos materiais o termo inicial da correção monetária corresponde à data do efetivo desembolso

e dos juros de mora a data do evento danoso. 4. Decaindo o autor de parte mínima do pedido não há sucumbência recíproca. 5. Os honorários advocatícios fixados dentro do limite legal, observado o disposto no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, não comportam majoração. APELAÇÃO 1 NÃO PROVIDA. APELAÇÃO 2 PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO 3 NÃO PROVIDA. (TJ-PR 8989860 PR 898986-0 (Acórdão), Relator: Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 24/05/2012, 10ª Câmara Cível)

BEM MÓVEL. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. RESTITUIÇÃO DE VALORES. CORREÇÃO MONETÁRIA. CÔMPUTO A PARTIR DO DESEMBOLSO, E NÃO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A correção monetária nada mais é do que representação do mesmo valor defasado pela inflação, como forma de manter o poder aquisitivo da moeda. Nada acrescenta ou tira, apenas mantém, de modo que só pode incidir a partir do desembolso, sob pena de provocar injusto locupletamento. (...) (TJ-SP - APL: 9178611122006826 SP 9178611-12.2006.8.26.0000, Relator: Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 02/08/2011, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/08/2011)

Por fim, quanto às custas processuais e honorários advocatícios, mantenho o determinado na sentença objurgada, uma vez que, com o parcial provimento de ambos os recursos, continua a autora sucumbente em metade de seu pedido.

Dispositivo

Posto isso, conheço dos recursos, dou parcial provimento ao recurso de Fábio Rogério da Silva Vieira e Antônio Barbosa Vieira para, reformando a sentença, reduzir o valor dos danos materiais para R$ 19.581,14 (dezenove mil, quinhentos e oitenta e um reais e quatorze centavos), e dou parcial provimento ao recurso de Luciane Rosa de Araújo para que a correção monetária incida desde a data do desembolso. No demais, mantem-se a sentença, inclusive quanto às custas e honorários.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Eduardo Machado Rocha e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 22 de abril de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1402491-97.2014.8.12.0000 - Naviraí
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONCESSÃO DE TUTELA INIBITÓRIA – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – FECHAMENTO DE ESTÁDIO ESPORTIVO ATÉ A IMPLEMENTAÇÃO DE REFORMAS PARA ACESSO ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA – DIREITO SOCIAL – MEDIDA DESPROPORCIONAL À POPULAÇÃO LOCAL – MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NA IMPLEMENTAÇÃO DAS REFORMAS PELO MUNICÍPIO AGRAVADO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I - A antecipação dos efeitos da tutela precisa se firmar em prova apta a produzir ao julgador um juízo de verossimilhança que repouse em uma convicção de que o demandante merecerá prestação jurisdicional favorável, devendo o julgador concedê-la com prudência, mediante uma análise cuidadosa dos requisitos legais.

II - Cessar o uso indiscriminado de um estádio esportivo, a fim de garantir a implementação de obras imprescindíveis ao acesso de portadores de necessidades especiais não se mostra razoável ou mesmo proporcional em relação ao direito de toda a população local, a qual se utiliza com frequência daquele espaço para lazer.

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 e contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 29 de abril de 2014.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator.

RELATÓRIO

Des. Marco André Nogueira Hanson.

Ministério Público Estadual, qualificado nos autos, interpõe agravo de instrumento em razão da decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, nos autos da Ação Civil Pública n. 0800147-08.2014.8.12.0029, que promove em face do Município de Navirai e Clube Esportivo Naviraiense, a qual indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, cujo objetivo era a proibição de utilização, pelos agravados, do Estádio Virotão, localizado na cidade de Naviraí, até que sobrevenham todas as reformas necessárias para garantir a acessibilidade às pessoas portadoras de necessidades especiais.

Afirma que o Estádio Virotão não possui condições arquitetônicas para garantir a acessibilidade às pessoas portadoras de necessidades especiais, mormente àquelas pessoas com mobilidade reduzida.

Sustenta que se equivocou o magistrado *a quo* ao indeferir a liminar pretendida, sob o argumento de que haveria nos autos indícios suficientes para embasar a presunção de que não há risco para a segurança dos consumidores, já que não é esta a discussão a ser travada nos autos.

Alega que a ação civil pública de origem não tem por fundamento a afirmação de que falta segurança aos consumidores portadores de necessidade especial, mas sim, a falta de acessibilidade, que atinge o direito fundamental deste grupo de consumidores de ser tratado com dignidade.

Aduz que mesmo que a discussão travada nos autos tivesse por referência a questão da segurança dos consumidores, a decisão ainda seria merecedora de reparos, na medida em que o magistrado *a quo*, para alcançar sua conclusão, desprezou por completo o documento de f. 165, qual seja, o Ofício do Comandante do 6° Sub-Grupamento de Bombeiros, comunicando que, em data de 24 de janeiro de 2014, realizou nova vistoria no Estádio Virotão e constatou que em relação às pessoas portadoras de necessidades especiais, não seria recomendada a permanência destes durante eventos futebolísticos pela falta de segurança.

Assevera que a dignidade da pessoa humana, titularizada pelo grupo indeterminável de pessoas portadoras de necessidades especiais, foi, está sendo e muito provavelmente continuará a ser ofendida tanto pelo Município de Naviraí, quanto pelo Clube Esportivo Naviraiense – CEN, não só pelo fato de que as obras para garantir a acessibilidade no Estádio Virotão não foram feitas e nem há perspectivas concretas de serem realizadas, mas principalmente porque aquela praça esportiva está sendo utilizada para a exploração de relações de consumo que, para serem usufruídas por este grupo de consumidores (pessoas com mobilidade reduzida) submete-os ao constrangimento de terem que suportar tal espécie de ofensa.

Narra que após a reunião realizada na 2ª Promotoria de Justiça (f. 140), a Procuradora-Geral do Município de Naviraí passou a trocar correspondências com o Gerente de Obras, que passou a deter a incumbência de elaborar o projeto de reforma do Estádio Virotão, entretanto, esse nada ou pouco fez para que tal objetivo fosse alcançado, sendo que, passados 93 (noventa e três) dias, apenas um projeto parcial, e, portanto, incompleto de reforma do Estádio havia sido elaborado.

Argumenta que no caso dos autos, não há nem mesmo que se falar em risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento jurisdicional pretendido, pois o que se pretende é apenas e tão somente a prolação de um provimento jurisdicional de caráter inibitório, ou seja, para fazer cessar uma ilegalidade, até porque, a probabilidade de que a ação civil pública reste julgada procedente é grande, já que há demonstração exaustiva do ilícito perpetrado pelo Município de Naviraí/MS.

Por fim, expõe que afirmar que o direito de lazer dos demais integrantes da sociedade é tão importante quanto o direito à acessibilidade das pessoas portadoras de necessidades especiais, à luz da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Menciona que, na eventualidade de restar deferida a liminar pretendida, nada impedirá que o Clube Esportivo Naviraiense – CEN, continue a disputar os campeonatos em que já se inscreveu ou que venha a se inscrever, pois será plenamente possível que esta agremiação esportiva utilize de outra praça esportiva, ainda que localizada em outro município.

Pleiteou a antecipação dos efeitos da tutela recursal, a fim de suspender a decisão agravada e, por consequência, determinar, de imediato, que o Município de Naviraí e o Clube Esportivo Naviraiense - CEN, abstenham-se de utilizar o Estádio Virotão, localizado na cidade de Naviraí, até que sobrevenham todas as reformas necessárias para garantir a acessibilidade das pessoas portadoras de necessidades especiais,

superando todas as irregularidades arroladas, sob pena de pagamento de multa no valor mínimo de R$ 10.000,00 (dez mil reais), por cada caso de descumprimento da decisão, objetivando, assim, interromper as ofensas à dignidade destas pessoas.

A antecipação de tutela recursal foi indeferida (f. 222-226).

O juízo *a quo* prestou informações, mencionando que o agravante cumpriu o disposto no art. 526 do CPC e que, em juízo de retratação, manteve a decisão agravada, como proferida (f. 231-232).

O Município de Naviraí apresentou resposta ao recurso (f. 233-237), pugnando pelo seu improvimento.

Apesar de intimado (f. 239), o Clube Esportivo Naviraiense não apresentou resposta ao recurso.

A PGJ alegou que se encontram presentes os requisitos que autorizaram a concessão da antecipação da tutela, haja vista que o risco de dano irreparável ou de difícil reparação se demonstra plenamente presente, na medida em que o que está se buscando a efetivação do exercício de um direito fundamental constitucionalmente garantido às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, opinando pelo provimento do recurso (f. 243-250).

É, em síntese, o relatório.

VOTO

Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator).

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Estadual, inconformado com a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, nos autos da Ação Civil Pública n. 0800147-08.2014.8.12.0029, que promove em face do Município de Navirai e Clube Esportivo Naviraiense, a qual indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, cujo objetivo era a proibição de utilização, pelos agravados, do Estádio Virotão, localizado na cidade de Naviraí, até que sobrevenham todas as reformas necessárias para garantir a acessibilidade às pessoas portadoras de necessidades especiais.

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste agravo de instrumento e passo à análise de seus fundamentos.

Não se nega que as pessoas portadoras de deficiência e que, por isso, necessitam de ambientes especialmente planejados, são titulares de todo o conjunto de direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais consagrados no ordenamento jurídico pátrio.

Até mesmo porque, a igual proteção de todos, incluindo os que vivem com uma deficiência, e a não discriminação, com o fim de garantir a dignidade da pessoa humana, fundamento desta República, deve ser respeitada.

Com efeito, no presente recurso almeja-se a antecipação do efeito da tutela, com o fito de concessão de uma tutela jurisdicional inibitória, a fim de abster o Município de Naviraí e o Clube Esportivo Naviraiense de utilizar um estádio esportivo municipal até que sejam implementadas as reformas necessárias à acessibilidade das pessoas portadoras de necessidades especiais, que, segundo afirma o agravante, encontra-se comprometida, diante de documentos que acompanham a inicial do processo de origem.

De acordo com os documentos que acompanham o presente recurso, infere-se que o citado estádio esportivo é de pequeno porte (laudo de segurança expedido pela Secretaria de Estado de Justiça e Segurança do Estado de MS de 31/10/2012 - f. 77), com capacidade para aproximadamente 3.000 (três mil) pessoas (f. 82).

Em verdade, citado local atende uma cidade (Naviraí) relativamente pequena, conforme mencionado no referido documento (f. 82).

Consta, ainda, ofício do Corpo de Bombeiros, informando que *"foi constatado uma construção de aproximadamente 40m² com banheiro privativo, cobertura e acesso à última saída de emergência pela Av. Dourados e que segundo os funcionários da obra será destinado a pessoas com necessidades físicas"* (f. 104).

Referida informação foi ratificada pelo ofício expedido pela Procuradoria Jurídica do Município de Naviraí, MS, consoante se infere de f. 109-111.

Com efeito, o órgão do Ministério Público Estadual realizou relatório de vistoria no referido estádio esportivo, com a finalidade de verificar se as instalações físicas apresentam condições apropriadas de acessibilidade e segurança a pessoas com deficiência física e/ou mobilidade reduzida (f. 117-149), em que concluiu o não atendimento das normas técnicas para o devido acesso às pessoas com deficiência física e/ou mobilidade reduzida.

Instado pelo *parquet*, em 16/01/2014, o Município de Naviraí, MS, por intermédio de seu Gerente de Obras, informou que em razão da intensa utilização do estádio elaborou apenas um croqui para a realização das reformas necessárias à regularização do local (f. 169), a despeito das informações prestadas pelo Corpo de Bombeiros, no sentido de que o estádio não foi recomendado, por medidas de segurança, às pessoas portadoras com necessidades especiais, considerando o difícil acesso às saídas de emergência (f. 183).

Após nova intimação, em 30/01/2014, o município informou que houve a designação de um funcionário da área técnica para elaboração de projeto de adaptação das instalações físicas do estádio do Virotão, em atenção às normas técnicas de acessibilidade da ABNT, que se realizaria em 02 (dois) meses (f. 194).

Inconformado, todavia, o Ministério Público estadual ingressou com o processo de origem, onde pleiteia, em sede de antecipação de tutela, impor aos agravados a proibição de utilização do Estádio "Virotão", até que sobrevenham todas as reformas necessárias a garantir a acessibilidade das pessoas portadoras de necessidades especiais, superando as irregularidades mencionadas.

O juízo *a quo* indeferiu referido pleito, pelos seguintes fundamentos:

> *"Para a concessão de medidas liminares, é imprescindível a presença de i) prova inequívoca da verossimilhança das alegações; ii) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; iii) possibilidade de reversão da medida.*
>
> *Quanto ao primeiro requisito, as provas carreadas à inicial, de fato, apontam para diversas irregularidades que precisam ser corrigidas para que possam ser atendidas, em plenitude, as necessidades especiais dos portadores de deficiência ou mobilidade reduzida.*
>
> *Aliás, o próprio Município, por meio de suas gerências responsáveis e da própria Procuradoria Jurídica (fl. 176-184), parece ter reconhecido que há irregularidades que precisam ser sanadas.*

Todavia, no tocante ao segundo requisito, qual seja, a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, não está clara a sua presença.

É que, segundo provam os documentos trazidos pelo autor, o popular "Estádio Virotão" conta com laudos favoráveis para o seu funcionamento, estando aparelhado com laudo da Polícia Militar (fl. 58-65), do Corpo de Bombeiros (fl. 66-71) e da Vigilância Sanitária (fl. 72-83), todos esses apontando o local como "aprovado". Embora esses laudos tenham validade de um ano, não há notícia de que não tenham sido renovados, não tendo tal fato, aliás, sido levantado pelo Ministério Público e, portanto, pode-se presumir que não haja problemas de segurança no imóvel.

Em relação à acessibilidade, não se olvida tratar de uma questão extremamente importante e que exige a atenção do Estado, inclusive do Poder Judiciário. Todavia, no caso em análise, não está demonstrada, de plano, a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que o Município, segundo se extrai dos documentos acostados, vem demonstrando boa vontade na realização das obras que lhe foram recomendadas. É certo, aliás, que o Município não ficou inerte após as solicitações realizadas pelo Autor.

Ademais, apesar das desconformidade do local destinado aos portadores de necessidades especiais, não se pode negar que o Município demonstrou interesse em resolver o problema, de modo que, neste momento processual, de cognição sumária, não vislumbro a necessidade de impor ao Município a obrigação pretendida, inclusive em caráter "inaudita altera parte".

Em relação ao último requisito, é também de se concluir pela presença de periculum in verso, já que a pretensão liminar, se concedida, não poderia ser revertida, em caso de improcedência final do pedido.

Por fim, registro que tão importante quanto o direito à acessibilidade, é o direito social ao lazer, que vem assegurado no caput do artigo 6º da Constituição Federal. Quer me parecer que a concessão de liminar com o fim de proibir a utilização do Estádio até a realização de todas as reformas apresentadas como necessárias para garantir a acessibilidade acabaria, em última análise, por malferir o direito ao lazer de toda a comunidade, incluindo os portadores de necessidades especiais que, eventualmente, acompanham os jogos. É indubitável que o Município levará tempo razoável para realizar todas as obras que lhe foram indicadas, o que poderia redundar, no caso de concessão da liminar, em não realização dos jogos nesta cidade durante os eventos esportivos mais importantes de que o CEN participa.

Não se pode negar que grande parte da população local segue os jogos realizados pelo CEN e demais equipes do Estado, de tal forma que impor essa barreira à realização dos campeonatos dentro do Município traria como consequência a cessação de uma opção de lazer oferecida à comunidade, dentre as poucas opções existentes.

Não se quer de modo algum mitigar a relevância da estrita observância das demandas de acessibilidade, mas, no caso, preterir por completo o direito ao lazer culminaria numa ofensa a um número ainda maior de pessoas.

Ante o exposto, porque não preenchidos os requisitos necessários à antecipação de tutela, mormente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, INDEFIRO a liminar vindicada."

Diante deste cenário, cumpre a este Tribunal analisar a presença dos requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela, com vistas a determinar a interdição do referido estádio esportivo municipal até

que sobrevenham todas as reformas necessárias a garantir a acessibilidade das pessoas portadoras de necessidades especiais.

Acerca da antecipação dos efeitos da tutela o art. 273 do Código de Processo Civil dispõe:

> *"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".*

Depreende-se do dispositivo legal mencionado, que a verossimilhança das alegações fundada em prova inequívoca, formam os pressupostos genéricos da antecipação dos efeitos da tutela.

A respeito desses requisitos básicos, Cândido Rangel Dinamarco[1] leciona:

> *"A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o "fumus boni juris" exigido para a tutela cautelar... Para chegar ao grau de probabilidade necessário à antecipação, o juiz precisa proceder a uma instrução que lhe revele suficientemente a situação de fato. Não é o caso de se chegar às profundezas de uma instrução exauriente, pois esta se destina a propiciar graus de certeza necessários para julgamentos definitivos, não provisórios como na antecipação da tutela. Tratar-se-á de uma cognição sumária, dimensionada segundo o binômio representado pelo menor grau de imunidade de que se reveste a medida antecipatória em relação à definitiva, pelas repercussões que ela terá na vida e no patrimônio dos litigantes".*

Ainda sobre os mencionados pressupostos, Ernane Fidélis dos Santos[2] ensina:

> *"Verossimilhança é conceito puramente objetivo, servindo apenas para indicar o que, em dado momento, é apenas parecido com a verdade, na impossibilidade de ser considerada definitiva. Neste caso, se existem motivos maiores para se crer e motivos para não se crer, o fato será simplesmente possível; se os motivos para se crer são maiores, o fato já será provável; se todos os motivos são para se crer, sem nenhum para não se crer, o fato será de probabilidade máxima. Verossimilhança, pois, e prova inequívoca são conceitos que se completam exatamente para informar que a antecipação da tutela só pode ocorrer na hipótese de juízo de máxima probabilidade, a certeza, ainda que provisória, revelada por fundamentação fática, onde presentes estão apenas motivos positivos de crença".*

Sobre o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, requisito específico da antecipação dos efeitos da tutela, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero[3] esclarecem que:

> *"O juiz poderá antecipar os efeitos da tutela final pretendida pelo demandante desde que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, CPC). Trata-se de tutela antecipada com base na urgência da prestação de tutela jurisdicional. (...) O dano que enseja a tutela antecipatória é o dano concreto (não-eventual), atual (iminente ou consumado) e grave (capaz de lesar significativamente a esfera jurídica da parte). O dano é irreparável quando os seis efeitos não são reversíveis. Pode ocorrer dano irreparável nos casos em que se alega lesão ou potencial lesão a direitos não-patrimoniais*

1 **A Reforma do Código de Processo Civil.** 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, pág. 143-144

2 **Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro**. Belo Horizonte MG: Del Rey, 1990, pág. 37

3 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. pág. 269.

> *(por exemplo, direito à imagem, ao ambiente), a direitos patrimoniais com função não patrimonial (quantia em dinheiro necessária para custear tratamento de saúde causado por um ato ilícito, por exemplo) e a direitos patrimoniais que não podem ser efetivamente tutelados por reparação pecuniária. O dano é de difícil reparação se as condições econômicas do demandado autorizam a suposição de que o dano não será reparado de maneira efetiva".*

Conclui-se, assim, que a antecipação dos efeitos da tutela precisa se firmar em prova apta a produzir ao julgador um juízo de verossimilhança que repouse em uma convicção de que o demandante merecerá prestação jurisdicional favorável, devendo o julgador concedê-la com prudência, mediante uma análise cuidadosa dos requisitos legais.

Na hipótese, o Ministério Público Estadual pretende obter uma tutela inibitória, com vistas a impedir a utilização do estádio esportivo do Virotão, no Município de Naviraí, até que sejam implementadas as reformas necessárias para sanar irregularidades quanto à acessibilidade de pessoas portadoras de necessidades especiais.

Consoante a lição doutrinária de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

> *"A tutela inibitória é uma tutela dirigida contra o ilícito. Ela visa impedir que o ilícito ocorra. Atua no intuito de obstar, evitar, prevenir a prática do ato contrário ao direito ou, quando antes já praticado, impedir a sua reiteração ou continuação. Trata-se, pois, de tutela preventiva, que encontra respaldo constitucional no inciso XXXV do art. 5º da CF/88, que garante o acesso à justiça em razão de "ameaça de violação a direito[4]."*

Desta forma, em sede de cognição perfunctória, cumpre perquirir a plausibilidade do direito pleiteado, especialmente diante da suposta violação ao direito de acesso das pessoas com deficiência física e/ou mobilidade reduzida, considerando os requisitos inerentes à tutela de urgência.

À luz de toda a documentação que acompanha o presente recurso, não se vislumbra a presença dos requisitos para a concessão da tutela inibitória pleiteada pelo órgão ministerial, notadamente porque cessar o uso indiscriminado de um estádio esportivo, a fim de garantir a implementação de obras imprescindíveis ao acesso de portadores de necessidades especiais não se mostra razoável ou mesmo proporcional em relação ao direito de toda a população local, a qual, pelo que narrou o juízo, utiliza-se com frequência daquele espaço para lazer.

Não fosse isso, as manifestações do Município de Naviraí, MS, demonstraram interesse na concretização das reformas recomendadas para o devido acesso aos portadores de necessidades especiais.

Assim, ainda que não seja justa a mitigação dos direitos ao acesso viável àqueles que possuem necessidade especial para locomoção, na hipótese dos autos, preterir o uso do citado estádio esportivo lesaria um número ainda maior de pessoas.

Logo, verificando-se que a concretização das reformas necessárias serão tão logo implementadas pelos agravados, mostra-se despicienda a concessão da tutela pleiteada pelo *parquet*.

Ante o exposto, conheço do presente recurso, mas nego-lhe provimento, para manter inalterada a decisão recorrida.

4 DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação de sentença e coisa julgada.** Volume 2. 3ª edição. Editora jus Podivm, 2008, pág. 369.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, 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. Eduardo Machado Rocha e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, MS, 29 de abril de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1403039-25.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIMENTOS PROVISÓRIOS – PRELIMINAR DE PRECLUSÃO LÓGICA RECHAÇADA – DECRETO PRISIONAL – EX-COMPANHEIRA, VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, COMPELIDA A PAGAR PENSÃO AO SEU AGRESSOR – ESCUSA JUSTIFICADA – AÇÃO DE ALIMENTOS JULGADA IMPROCEDENTE – IRRAZOABILIDADE DO DECRETO PRISIONAL – RECURSO PROVIDO.

Pedido para que a prisão civil seja convertida em prisão domiciliar não é incompatível com a pretensão de que o decreto prisional não subsista como um todo, ademais, quando vários foram os pleitos neste sentido. Inexistência de preclusão lógica.

O cerceamento da liberdade de locomoção do devedor de alimentos somente se justifica na garantia da sobrevivência do alimentado, quando constatado inadimplemento voluntário e inescusável.

No caso, a inadimplência se mostra escusável, pois cuida–se de uma obrigação de pagar alimentos provisórios imposta a uma mulher, já idosa, vítima de violência doméstica, em favor de seu algoz/ex-companheiro. Outrossim, sobreveio sentença de improcedência na ação de alimentos, sob o argumento de que o pretenso alimentado é indigno de perceber a *benesse* daquela que, não nega, agrediu fisicamente. O *quantum* devido, *in casu,* aproxima-se mais de uma dívida de valor do que de uma verba alimentar, podendo ser exigida nos termos do artigo 732 do CPC, dotado de via procedimental mais ampla.

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 dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 6 de maio de 2014.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator.

RELATÓRIO

Des. Marco André Nogueira Hanson.

E. M. C. D., irresignada com a decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS, nos autos da Execução de Alimentos que lhe move J. G. da S., interpõe o presente agravo de instrumento.

Pleiteia a reforma da decisão proferida pelo juízo *a quo* que determinou a intimação da agravada para que pague o débito em atraso referente à pensão alimentícia – alimentos provisórios- no prazo de 03 (três) dias, sob pena de prisão pelo prazo de 60 (sessenta) dias.

Aduz, em síntese, que a decisão objurgada é nula de pleno direito, por violação a ampla defesa e ao devido processo legal, na medida que não permitiu à agravante a produção da prova testemunhal e pericial, a fim de demonstrar sua impossibilidade de pagar os alimentos pleiteados, bem como provar sua impossibilidade psicológica de ser submetida a prisão civil, ante as severas sequelas decorrentes das agressões praticadas pelo agravado e de que foi vítima.

Sustenta o descabimento da execução especial pelo rito grave do art. 733, § 1º, do CPC, e, ainda, que o agravado é aposentado e detentor de renda mensal fixa, que o débito alimentar já está em R$ 14.887,73, sendo impossível à agravante, que percebe aproximadamente R$ 3.500,00 mensais, arcar com a dívida exequenda.

O agravo de instrumento foi recebido no efeito suspensivo, suspendendo-se a decisão que determinou a prisão da agravante.

À fl. 382 foram prestadas as informações de estilo.

A contraminuta foi acostada às fls. 363-377 dos autos, alegando-se, preliminarmente, a ocorrência de preclusão lógica do direito de recorrer da agravante, em decorrência do pedido de substituição da prisão civil em prisão domiciliar, sem qualquer ressalva.

VOTO

Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator).

Consoante relatado, E. M. C. D, irresignada com a decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, MS, nos autos da Execução de Alimentos que lhe move J. G. da S., interpõe o presente recurso.

Aduz, em síntese, que a decisão objurgada é nula de pleno direito, por violação a ampla defesa e ao devido processo legal, na medida que não permitiu a produção de prova testemunhal e pericial, a fim de provar a impossibilidade da agravante em pagar os alimentos pleiteados, bem como provar sua impossibilidade psicológica de ser submetida a prisão civil, ante as severas sequelas decorrentes das agressões praticadas pelo agravado e de que foi vítima.

Alega, ainda: o descabimento da execução especial pelo rito grave do art. 733, § 1º, do CPC; que o agravado é aposentado e detentor de renda mensal fixa; que o débito alimentar já esta em R$ 14.887,73, sendo impossível a agravante, que percebe aproximadamente R$ 3.500,00 mensais, arcar com a dívida exequenda.

Da preclusão lógica.

A parte agravada sustenta que é incompatível com o direito de recorrer o pedido anterior da agravante para que sua prisão civil fosse substituída por prisão domiciliar, sem qualquer ressalva, ou seja, sem insurgência quanto ao decreto prisional em si.

Pois bem. Não há falar em preclusão lógica, pois fica evidente, da consulta aos documentos acostados aos autos, que a agravante insurgiu-se e continua a se insurgir contra o decreto prisional emitido em seu desfavor. Às fls. 264 e seguintes ela requereu a revogação da prisão civil, às fls. 41-48 pugna para *"que não seja decretada sua prisão civil, porque ela não é devedora inescusável e voluntária de obrigação alimentar, vez que não tem condições financeiras, psicológicas e morais de pagar os alimentos que lhe exige seu carrasco"*.

Assim, vê-se que o pedido de substituição da prisão civil da executada por prisão domiciliar, trata-se, em verdade, de pedido alternativo, vez que todas as tentativas de se livrar do encarceramento, até àquele momento, haviam fracassado. Deste modo, não há falar em preclusão lógica.

Rejeita-se, pois, a preliminar.

Do mérito.

A hipótese vertente trata de questão peculiar, pois cuida de decreto prisional de ex-companheira, pelo não pagamento de alimentos provisórios ao seu suposto agressor, vez que são diversos os processos por violência doméstica movidos contra o alimentado.

Outrossim, observa-se que durante o trâmite deste recurso, sobreveio sentença nos autos da Ação de Alimentos n. 0810997-42.2013.8.12.0001, julgando-se improcedente o pedido de alimentos, sob o argumento de que o autor, ao agredir fisicamente a requerida, tornou-se indigno. Transcrevo trecho da referida sentença:

> *"(...)*
>
> *Ainda que se cogitasse da suposta necessidade do autor fazer jus à pensão alimentícia pleiteada, não há como analisar esse mérito de forma isolada, eis que a possibilidade da requerida no caso concreto, fica afastada, em segundo plano, em razão do abismo revelado através da questão prejudicial referente à indignidade do autor.*
>
> *Assim, embora o autor tenha alegado impossibilidade de se manter, não há como imputar essa responsabilidade à requerida, pois agindo ele com indignidade ao agredir fisicamente aquela, não seria razoável obrigar alguém pagar alimentos para quem lhe causou danos físicos e emocionais."*

Pois bem, o cerceamento da liberdade de locomoção do devedor de alimentos somente se justifica na garantia da sobrevivência do alimentado, quando constatado inadimplemento voluntário e inescusável. A prisão do devedor de alimentos não é para castigá-lo, mas para compeli-lo a pagar.

Em nosso sistema jurídico, a prisão civil é medida excepcional, somente admitida na hipótese prevista pelo art. 5º, LXVII, da Magna Carta de 1988:

> *"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida,* ***à liberdade****, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *(...)*
>
> *LXVII. Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do* ***responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".*** *(grifos nossos).*
>
> *A respeito colho os ensinamentos de Barbosa Moreira:*
>
> *"A imposição da medida coercitiva pressupõe que o devedor, citado, deixe escoar o prazo de três dias sem pagar, nem provar que já o fez, ou que está impossibilitado de fazê-lo (art. 733, caput). Omisso o executado em efetuar o pagamento, ou em oferecer escusa que pareça justa ao órgão judicial, este, sem necessidade de requerimento do credor, decretará a prisão do devedor, por tempo não inferior a um nem superior a três meses (art. 733, §1°, derrogado aqui o art. 19, caput, fine, da Lei n. 5478). Como não se trata de punição, mas de providência destinada a atuar no âmbito do executado, a fim de que realize a prestação,*

> *é natural que, se ele pagar o que deve, determine o juiz a suspensão da prisão (art. 733, § 3°), que já tenha começado a ser cumprida, quer no caso contrário."*[5]

Assim, fica evidente que no caso em tela não há falar em prisão da agravante, pois, não se trata de inadimplemento inescusável.

Os argumentos da agravante para não pagar o débito alimentar são legítimos, tanto que o próprio magistrado que determinou o decreto prisional, na sentença de improcedência da ação de alimentos, fez constar que o autor é indigno de tal *benesse*, uma vez que não nega as agressões físicas praticadas contra sua ex-companheira.

Afasta-se, e muito, do razoável, determinar-se a prisão de uma mulher por não pagar alimentos ao seu algoz, ademais após uma sentença de improcedência da ação de alimentos, que desconstituiu a decisão anterior que fixou os alimentos provisórios, os quais, por não terem sido pagos, deram ensejo ao decreto prisional.

A dívida, não obstante o entendimento de que subsista ante a irrepetibilidade dos alimentos, não mais se trata de dívida alimentar, na real acepção do termo, podendo ser exigida nos termos do art. 732 do Código de Processo Civil.

Não se mostra apropriada/razoável a prisão fundada no art. 733 do CPC, uma vez que a dívida passou a ter duvidosa existência em face da improcedência da ação de alimentos e, mesmo que assim não fosse, diante da válida escusa apresentada pela agravante – mulher já idosa, vítima de violência doméstica.

Com a improcedência da ação de alimentos, ainda que sem trânsito em julgado, fica evidente que não há urgência na cobrança dos alimentos devidos, e sem a urgência não há atualidade, inexistindo razão para que a execução prossiga pelo rito coercitivo do artigo 733 do CPC. O *quantum* devido, *in casu,* aproxima-se mais de uma dívida de valor do que de uma verba alimentar, podendo ser exigida, como já dito, nos termos do artigo 732 do CPC, dotado de via procedimental mais ampla.

A propósito colho precedente do Tribunal de Justiça do Paraná:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - RITO DO ARTIGO 733 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DECRETAÇÃO DE PRISÃO CIVIL - JUSTIFICATIVA DE IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA - INCAPACIDADE FINANCEIRA DEMOSNTRADA - AUSÊNCIA DE OMISSÃO VOLUNTÁRIA E DOLOSA NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - DESCABIMENTO DA ORDEM DE PRISÃO - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO -* ***Diante do caráter excepcional do decreto prisional nos casos de dívida alimentar, sendo medida extrema a ser adotada somente ante o inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia, caso escusável a inadimplência, reveste-se de ilegalidade a prisão civil do executado."*** (TJ-PR - AI: 6766052 PR 0676605-2, Relator: Clayton Camargo, Data de Julgamento: 14/07/2010, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 439) – destaquei.

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destaco os seguintes precedentes:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS SOB A MODALIDADE COERCITIVA. ART. 733, CPC. RECONHECIMENTO DE IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO E DESNECESSIDADE AO RECEBIMENTO DA PENSÃO PELA EXEQUENTE EM AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS.*

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pág. 261.

> *INADEQUAÇÃO DA PRISÃO.* ***Em que pese a decisão exoneratória não tenha efeito ex tunc, certo é que houve reconhecimento inequívoco do Judiciário de que o alimentante não pode mais pagar a pensão, tampouco a exeqüente dela necessita. Logo, o inadimplemento deixa de ser injustificado, não se mostrando, pois, possível a prisão do alimentante, conforme inc. LXVII do art. 5ª da Constituição Federal. Nesse contexto, o prosseguimento da execução somente poderá se dar na forma expropriatória.*** *Fixada a pensão em percentual dos rendimentos do alimentante, a apuração do valor devido deve considerar a única efetiva fonte de renda no período executado. Deram parcial provimento. Unânime."* (Agravo de Instrumento n. 70046518163, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator Luiz Felipe Brasil Santos, 22/03/2012) - grifei.
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO. NÃO CABIMENTO. Em recente ação de exoneração de alimentos, foi reconhecido pelo filho/exequente que não mais necessita dos alimentos do pai/agravante para sua sobrevivência. O cerceamento da liberdade de locomoção do devedor tem justificativa na garantia da sobrevivência do alimentado.* ***Se já houve exoneração da obrigação alimentar, com expressa declaração do filho no sentido de que não precisa mais dos alimentos, a prisão civil perde sua justificativa e previsibilidade Constitucional. Eventual saldo devedor de alimentos deve ser cobrado pela constrição patrimonial e não mais pelo rito do artigo 733 do CPC. Caso*** **em que é de rigor a revogação do decreto prisional."** *Agravo provido. Em monocrática.* (Agravo de Instrumento n. 70036820975, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator Rui Portanova, 09/06/2010) [grifei].

Do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.*
>
> *1. Segundo o art. 5º, LXVII, da CF/88, o objeto perseguido na ação de habeas corpus é a proteção à liberdade de locomoção da pessoa.*
>
> *2. No caso em liça, o v. acórdão embargado foi claro ao conceder a ordem liberatória por já não se mostrar apropriada a prisão do paciente fundada no art. 733 do CPC, uma vez que a dívida passou a ter duvidosa existência em face da procedência do pedido da ação de exoneração de alimentos proposta pelo ora embargante. (...)* (EDcl. no R.H.C. n. 33.721/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013).

Desse modo, entendo que o caso não comporta a excepcionalidade exigível para a prisão civil, ademais tratando-se à agravante de mulher idosa que em um ato de coragem ousou desafiar seu algoz, livrando-se das amarras de uma união infeliz, em uma justa tentativa de preservar sua integridade física e psíquica.

Por fim, valho-me das sábias palavras de *Theodore Roosevelt*: *"A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado."*

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para tornar insubsistente a decisão objurgada, revogando, consequentemente, o decreto prisional da agravante, podendo a execução prosseguir pelo rito do art. 732 do CPC – constrição patrimonial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e 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. Eduardo Machado Rocha e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, MS, 06 de maio de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0018477-15.2010.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE – PROPRIEDADE REGULARMENTE CONSTITUÍDA – IMÓVEL ADQUIRIDO DA CESSIONÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – POSSE EXERCIDA IRREGULARMENTE PELA REQUERIDA – TESE DEFENSIVA DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA – AUSENTE REQUISITO DE *ANIMUS DOMINI* – CIÊNCIA PELA OCUPANTE DA PRECARIEDADE DE SUA POSSE – RECURSO IMPROVIDO.

Comprovada a propriedade do imóvel mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente, impõe-se o deferimento do pedido de imissão na posse formulado pelo adquirente.

Nos casos em que a posse do imóvel decorre de contrato de financiamento com garantia fiduciária extinto por inadimplemento, o prazo para a prescrição aquisitiva não corre em desfavor daquele que exerce a posse.

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

Campo Grande, MS, 20 de maio de 2014.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator.

RELATÓRIO

Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Maria Aparecida da Silva, nestes autos de imissão de posse n. 0018477-15.2010.8.12.0001, em que contende com Ademir Teodoro e Mary Luci Tlaes Teodoro, oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

1. Esta ação visa imissão na posse dos apelados no imóvel em que reside a apelante há mais de 20 anos, sendo que o pedido foi julgado procedente em razão do feito anexo ter sido extinto sem julgamento de mérito com base na suposta falta de preenchimento de lapso temporal, requisito essencial para declaração de usucapião;

2. A regra de transição aplicável à espécie para contagem do prazo prescricional é aquela do art. 2029 do NCC, que acresce dois anos ao prazo previsto no parágrafo único do art. 1242, sendo irrelevante a data exata de ingresso no bem;

3. É inconcebível que o novo prazo de 10 anos seja iniciado da vigência da nova Lei, uma vez que isso corresponderia ao que preceitua o art. 2.028, devendo a sentença ser anulada para que o mérito dos autos em apenso de usucapião seja apreciado;

4. Quando do recebimento da notificação extrajudicial, a apelante já havia completado o tempo necessário para aquisição do domínio, que se aperfeiçoou no ano de 2005.

Requer o provimento do recurso para anular a sentença que deferiu a imediata imissão na posse pelos apelados, possibilitando assim o conhecimento do mérito da ação conexa (usucapião extraordinário).

Os recorridos apresentaram contrarrazões à f. 349/357, protestando, em suma, pelo improvimento do apelo.

VOTO

Des. Marcos José de Brito Rodrigues (Relator).

Conforme relatado, insurge-se o apelo contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado nesta ação visa imissão na posse.

Ademir Teodoro e Mary Luci Tlaes Teodoro ajuizaram a demanda em desfavor da apelante Maria Aparecida da Silva, alegando, em resumo, que adquiriram junto à EMGEA – Empresa Gestora de Ativos o imóvel localizado na Rua Marques de Lavradio, apto 02, bloco 03, do Residencial Tupinambas, nesta Capital, inscrito na matrícula nº 149.315 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Comarca de Campo Grande, do qual não conseguem tomar posse por estar indevidamente ocupado pela requerida.

Referido bem inicialmente foi adquirido por Suely Santana de Oliveira, Deusdete Souza de Oliveira Filho e Leda Santana de Oliveira mediante financiamento com garantia hipotecária junto à Caixa Econômica Federal, tendo esta, em virtude da inadimplência do contrato, realizado cessão de créditos e assunção de dívidas para a EMGEA.

Em 08 de março de 2010, os autores adquiriram referido imóvel, conforme com a escritura pública de venda e compra, lavrada à f. 291/292 do Livro n. E-185, do Cartório do 6º Ofício Notarial desta Comarca; registrada na matrícula do bem sob o n. 06/149.315, do Serviço de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta Comarca (f. 19/19).

O julgador singular acolheu o pedido inicial de imissão de posse.

Pois bem, feita essa breve síntese da demanda e dos fatos relevantes, passo à análise do apelo.

Sustenta a recorrente que a regra de transição aplicável à espécie para contagem do prazo prescricional é aquela do art. 2029 do NCC, que acresce dois anos ao prazo previsto no parágrafo único do art. 1242, sendo irrelevante a data exata de ingresso no imóvel, porque a ação foi proposta no ano de 2010 e desde 2005 se passaram mais de 04 anos sem oposição, sendo que reside no local desde 1993 com ânimo de dono.

Circunscreve-se a controvérsia à alegada ocorrência da usucapião especial urbana do imóvel descrito na inicial em favor da demandada - suscitada nos autos em apenso de n. 0013552-73.2010.8.12.0001, não havendo qualquer impugnação em relação à regularidade da aquisição.

Entretanto, como discorrido no voto proferido no feito em apenso, conexo a este, não lhe assiste razão.

Por oportuno e pertinente, transcreve-se parte da fundamentação naquele exposta:

> *"Sempre foi do conhecimento da apelante, dada a inadimplência do financiamento, que o imóvel em que residia era financiado pela Caixa Econômica Federal, sendo esta a proprietária resolúvel do bem. Além disso, teve ciência de que o apartamento foi vendido pela cessionária EMGEA e adquirido pelos apelados, conforme se verifica na matrícula do imóvel nº 149.315, Registro n. 06/149.315 de 08 de março de 2010, tanto é verdade que a própria recorrente acostou a notificação acerca da compra do bem pelos recorridos (f. 135/136).*
>
> *Com efeito, residindo no local desde 1993, a recorrente conhecia o fato de que sobre ele pendia condição suspensiva, pois ninguém permanece tanto tempo morando num imóvel sem buscar saber a situação ou mesmo tentar regularizar a documentação.*
>
> *Portanto, não há dúvidas da propriedade dos requeridos devidamente demonstrada com a Escritura Pública de Compra e Venda de f. 16/17 dos autos em apenso e a matrícula citada, bem como a inadimplência dos contraentes quanto às parcelas do contrato celebrado com a CEF.*
>
> *Outrossim, a apelante em nenhum momento apresenta documento por força do qual estabeleceu vínculo com o imóvel, ou seja, que demonstre como ingressou no local, levando a crer que se trata de contrato de "gaveta" entabulado com os contraentes do financiamento habitacional, situação essa que não encontra respaldo legal.*
>
> *De tal sorte, independentemente do lapso temporal em que a recorrente permaneceu na posse do bem, não merece ser acolhida sua pretensão de aquisição da propriedade por usucapião, eis que a posse nunca foi exercida com "animus domini" ante o conhecimento de que o bem se encontrava hipotecado e de que para sua aquisição dependia do pagamento integral das parcelas do financiamento, já que o inadimplemento levaria à expropriação, como ocorreu.*
>
> *Muito embora a apelante insista na aquisição da propriedade através da usucapião urbana, a jurisprudência entende que a posse decorrente do contrato de financiamento imobiliário vinculado ao SFH é condicionada ao adimplemento das prestações, não se convalidando pelo decurso do tempo a fim de gerar usucapião.*
>
> *O mutuário ou terceiro tem o direito a permanecer no bem enquanto estiver adimplente. Esta posse de natureza precária jamais caracteriza o ânimo de dono da usucapião, porque foi recebida com abuso de confiança, vale dizer, sua posse somente seria lícita enquanto o pagamento do financiamento estivesse regular e que, por falta de pagamento das prestações pelos mutuários, os imóveis são vendidos ou levados à leilão, sendo arrematados por terceiros ou adjudicados pela CEF."*

É cediço que a ação de imissão de posse é uma demanda de natureza real e sumária que tem por objetivo o recebimento da posse em favor daqueles que estão contemplados somente com o *jus possidendi*. É de natureza real porque nasce de um direito *in re*, ou seja, pede-se a coisa e não o cumprimento de uma obrigação.

São dois os pressupostos da ação de imissão de posse, quais sejam, a propriedade do autor decorrente da compra do imóvel e a posse injusta do réu sobre o bem.

No caso em apreço, como bem consignou o julgador de instância singela, os recorridos preencheram o primeiro requisito, tendo em vista que o imóvel do qual buscam a posse foi por eles adquirido da cessionária que recebeu os direitos de crédito transmitidos pela Caixa Econômica Federal.

A pretensão imissão de posse possui lastro no direito de propriedade, sendo assim, é de natureza petitória, bastando que o autor comprove a propriedade e a posse injusta do réu, haja vista ter por escopo assegurar ao titular do domínio, o uso e o gozo da coisa (art. 1.228 do Código Civil e art. 5º, XXII, da Constituição Federal).

Há prova inequívoca da propriedade do bem adquirido pelos apelados por meio da celebração de escritura pública de venda e compra (fls. 16/17), devidamente registrada no 6º Cartório Notarial desta Capital.

Sobre esse aspecto, anotou o magistrado sentenciante:

> *"Estando, assim, inequivocamente provado que os autores adquiriram, regularmente, o domínio do imóvel, impõe-se a procedência do pedido, para que lhes seja assegurado o exercício da posse, decorrente de seu direito de propriedade, nos termos da Constituição Federal e do art. 1.228 do Código Civil de 2002." (f. 315).*

E, em se tratando de ação petitória, a injustiça da posse advém justamente da ausência de título dominial, não importando ser a posse de boa-fé ou de má-fé, cuja circunstância não tem o alcance ou efeito de se opor à propriedade da parte autora.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação cível e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença proferida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

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, MS, 20 de maio de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0800063-74.2013.8.12.0018/50000 - Paranaíba
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA – SUICÍDIO – INEXISTÊNCIA DE PROVA DE PREMEDITAÇÃO - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PARA JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECLAMO – IRREGULARIDADE NÃO DEMONSTRADA – AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Estando a decisão em plena consonância com posicionamento pacificado dos Tribunais Superiores, autoriza-se o julgamento monocrático de improcedência do recurso, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Nega-se provimento ao recurso, se as razões do regimental não alteraram o entendimento anterior e, mormente, quando não demonstrado qualquer erro ou injustiça na decisão recorrida.

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, MS, 24 de junho de 2014.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator.

RELATÓRIO

Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Porto Seguro Cia de Seguros Gerais, nestes autos de cobrança de seguro de vida em que contende com Verônica Pires Nascimento, João Vitor Pires Rodrigues de Freitas, Dhionathan Faustino Pires do Nascimento e José Mariano Nascimento, os três primeiros representados pelo último, interpõe agravo regimental em apelação cível.

A recorrente aduz que inexiste autorização para julgamento monocrático do apelo, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC.

Assim, pede a reconsideração da decisão e, caso mantida, que o recurso seja submetido à apreciação da Egrégia Câmara.

VOTO

Des. Marcos José de Brito Rodrigues (Relator).

Trata-se de agravo regimental em apelação cível interposto por Porto Seguro Cia de Seguros Gerais, nestes autos de cobrança de seguro de vida em que contende com Verônica Pires Nascimento, João Vitor Pires Rodrigues de Freitas, Dhionathan Faustino Pires do Nascimento e José Mariano Nascimento.

O recurso não merece provimento.

A fim de melhor elucidar a questão, colaciono excertos do julgado objurgado:

> *"(...)*
>
> *A hipótese em exame dispensa o julgamento pelo Órgão Colegiado, por questão de economia processual, conforme determina o art. 557, do Código de Processo Civil, que permite ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior.*
>
> *Com efeito, a apelante sustenta que, uma vez constado que o óbito da segurada decorreu de suicídio, durante o lapso temporal de dois anos, descabida a pretensão securitária, conforme redação do artigo 798, do Código Civil.*
>
> *Pois bem, o artigo citado estabelece que "o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato".*
>
> *Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que tal dispositivo de lei não deve ser interpretado em sua literalidade, devendo a seguradora comprovar que a conduta do segurado foi premeditada, ou seja, de que contratou de má-fé prevendo que seria beneficiado de forma fraudulenta. Vejamos:*
>
> *'EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. COMPROVAÇÃO DE TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DO EXPEDIENTE FORENSE. POSSIBILIDADE. SEGURO DE VIDA. ART. 798 DO CC/2002. SUICÍDIO. PREMEDITAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULAS N. 7 E 83/STJ. (...).* **4. O fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de 2 (dois) anos de vigência do contrato de seguro de vida não exime, por si só, a seguradora do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação da premeditação do segurado, ônus que cabe à seguradora.** *5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.'* (EDcl. no AREsp. n. 225.671/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 06/06/2013, DJe 13/06/2013). Destacado.
>
> *"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA - MORTE DO SEGURADO - SUICÍDIO - NEGATIVA DE PAGAMENTO DO SEGURO AO BENEFICIÁRIO - BOA-FÉ DO SEGURADO - PRESUNÇÃO - EXEGESE DO ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - INTERPRETAÇÃO LITERAL - VEDAÇÃO - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ, NA ESPÉCIE - A PREMEDITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DIFERE-SE DA PREPARAÇÃO PARA O ATO SUICIDA - APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 105/STF E 61/STF NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 RECURSO PROVIDO.I - O seguro é a cobertura de evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte do segurador.II - A boa-fé - que é presumida - constitui elemento intrínseco do seguro, e é caracterizada pela lealdade nas informações prestadas pelo segurado ao garantidor do risco pactuado.III - O artigo 798 do Código Civil de 2002, não alterou o entendimento de que a prova da premeditação do suicídio é necessária para afastar o direito à indenização securitária.IV - O legislador procurou evitar fraudes contra as seguradoras na hipótese*

de contratação de seguro de vida por pessoas que já tinham a idéia de suicídio quando firmaram o instrumento contratual.V - Todavia, a interpretação literal ao disposto no art. 798 do Código Civil de 2002, representa exegese estanque, que não considera a realidade do caso com os preceitos de ordem pública estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicável obrigatoriamente aqui, em que se está diante de uma relação de consumo.VI - Uma coisa é a contratação causada pela premeditação ao suicídio, que pode excluir a indenização. Outra, diferente, é a premeditação para o próprio ato suicida. VII - É possível a interpretação entre os enunciados das Súmulas 105 do STF e 61 desta Corte Superior na vigência do Código Civil de 2002. VIII - In casu, ainda que a segurada tenha cometido o suicídio nos primeiros dois anos após a contratação, não há que se falar em excludente de cobertura, uma vez que não restou demonstrada a premeditação do próprio ato suicida.IX - Recurso especial provido." (Recurso Especial n. 1077342/MG Rel. Ministro Massami Uyeda - Terceira Turma J. 22.06.2010).

Na hipótese em exame, o conjunto probatório existente nos autos não comprova que a segurada tenha premeditado o suicídio ou que o tenha praticado de forma livre e deliberada visando o pagamento da indenização.

Aliás, o nosso ordenamento jurídico prestigia a boa-fé, e dentro deste contexto, não seria viável presumir que a segurada celebrou contrato com intenção de futuro suicídio.

Desta feita, com amparo no artigo 422, do Código Civil, "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, o princípio da probidade e boa-fé", a qual deve ser observada tanto na fase pré-contratual e na execução, quanto na fase pós-contratual. Não deflagrada a má-fé da contratante-segurada, ao firmar o contrato de seguro de vida, não se mostra razoável a conduta da seguradora em negar a cobertura devidamente convencionada.

Cabe anotar que o ônus da prova de tratar-se ou não de suicídio premeditado é da seguradora e, não dos autores, primeiro porque a alegação é sua (artigo 333, inciso II, do CPC); e, segundo, porque incide no caso o disposto inciso III do artigo 6º, do CDC, tratando-se, portanto, de relação consumerista.

O Supremo Tribunal Federal, já definiu na Súmula n. 105, que:

"Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro."

No mesmo sentido a Súmula n. 61, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, veja-se: "O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado."

E, ressalto, o entendimento jurisprudencial que prevalece é no sentido de que a regra contida no artigo 798, do Código Civil, não revogou a redação das súmulas supramencionadas e a interpretação deve ser conjunta de todos os comandos.

Assim, inexistindo prova da premeditação do suicídio e não se vislumbrando, em consequência, fraude contra a seguradora, devida a indenização perseguida, o que implica na manutenção da sentença proferida em primeira instância.

Neste sentido:

"EMENTA - AGRAVO INTERNO EM RECURSO DE APELAÇÃO – COBRANÇA DE SEGURO – NÃO PAGAMENTO DO PRÊMIO – CONSTITUIÇÃO EM MORA NECESSÁRIA – NÃO COMPROVAÇÃO – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ALEGAÇÃO DE SUICÍDIO – PREMEDITAÇÃO NECESSÁRIA – NÃO COMPROVAÇÃO. É de ser mantida a decisão monocrática que

negou provimento ao recurso de apelação, quando as razões expostas no recurso de agravo interno são insuficientes para alterar o entendimento nela exposto. Recurso não provido." (TJMS, Agr. Reg. em AC de n. 0046840-12.2010.8.12.0001/50000,Campo Grande, Juiz Convocado Vilson Bertelli, 2ª Câmara Cível, j. 29/04/2014).

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA – PRELIMINAR ARGUIDA PELO APELADO E PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA AFASTADAS – SUPOSTO SUICÍDIO NÃO CONFIRMADO – ÓBITO DENTRO DO PRAZO DE DOIS ANOS – INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 798, DO CC – PREMEDITAÇÃO NÃO COMPROVADA – ÔNUS DA SEGURADORA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. (...). **A ausência de certeza quanto à ocorrência do suicídio, somada à interpretação jurisprudencial quanto à necessária comprovação da premeditação da conduta do segurado, são suficientes para determinar o pagamento do seguro contratado.** *(...).* (TJMS, AC de n. 0046842-79.2010.8.12.0001, Campo Grande, Des. Rel. Marcos José de Brito Rodrigues, 2ª Câmara Cível, j. 22/01/2013). Destacado.

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINAR DA OFENSA À DIALETICIDADE – AFASTADA – PRESCRIÇÃO – REJEITADA – SEGURO DE VIDA – SUICÍDIO NO PERÍODO DE CARÊNCIA – PREMEDITAÇÃO NÃO COMPROVADA – ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL NÃO AFASTA DISPOSTO NAS SÚMULAS N. 61 DO STJ E 105 DO STF – DIREITO À COBERTURA – CORREÇÃO MONETÁRIA – RECUSA DO PAGAMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA – JUROS DE MORA – CITAÇÃO VÁLIDA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A simples repetição dos termos da contestação nas razões de apelação somente caracterizam irregularidade formal (violação ao princípio da dialeticidade) ao se afastarem do teor dos fundamentos da sentença, o que não se verificou na hipótese. 2. O recurso de apelação não ataca todos os fundamentos da sentença que afastaram a prescrição, subsistindo aquele irrecorrido. Ademais, há que se considerar também que, ainda que a tese recursal de mera suspensão do prazo pelo pedido administrativo, houve em menos de três anos a interposição de Ação Cautelar pelos ora apelados, o que inequivocamente interrompe a prescrição, nos termos do art. 202 do Código Civil. 3. O teor do art. 798 do Código Civil, consoante firme jurisprudência do STJ não afasta a incidência das Súmulas n. 61 do STJ e 105 do STF. Assim, ainda que o suicídio do segurado tenha ocorrido dentro do período de carência, não havendo prova da premeditação (como na hipótese versada), não é justa a recusa da cobertura pelo seguro de vida. (...). (Apelação Cível – Ordinário – N. 2011.033692-3/0000-00 – Bela Vista – Relator Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel – Quinta Turma Cível – J. 24.11.2011).

Diante do exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso, por sua manifesta improcedência*"*.

Pois bem, no que diz respeito à ausência de autorização para negar seguimento liminarmente ao recurso, tem-se que o apelo, objeto da decisão monocrática, tem por base orientação inteiramente contrária à jurisprudência dominante, tanto nos órgãos de superposição como neste Tribunal de Justiça, fato que autoriza este relator a julgar o apelo com fulcro no artigo 557, *caput*, do CPC, corroborado com o princípio da economia processual, insculpido no artigo 5º, LXXVIII, da CF, segundo o qual *"a todos é assegurado, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"*.

De mais a mais, eventual nulidade da decisão singular, com fundamento no dispositivo legal antes citado, é superada pela reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, vejamos:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS

FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA PROFERIDA NO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. **1. Não viola o Princípio da Colegialidade a apreciação unipessoal pelo Relator do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente, bem como do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Com a interposição do agravo regimental fica superada eventual violação ao referido princípio, em razão da reapreciação da matéria pelo órgão colegiado.** *(...). 3. Agravo regimental não conhecido."* (AgRg. no REsp. n. 1346358/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 25/11/2013). Destacado.

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENTE. INCONFORMISMO COM A TESE ADOTADA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES. SERVIDOR PÚBLICO. VÍNCULO PRECÁRIO E TRANSITÓRIO. CONCLUSÃO DECORRENTE DE ANÁLISE DA CF/88 E DE LEGISLAÇÃO LOCAL. INVIABILIDADE DE MODIFICAÇÃO. COMPETÊNCIA DO STF. SÚMULA 280/STF. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCINDIBILIDADE. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. (...). ***6. A eventual nulidade da decisão monocrática, calcada no artigo 557 do CPC, fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de agravo regimental, como bem analisado no REsp 824.406/RS de Relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, em 18.5.2006.*** *Agravo regimental improvido."* (AgRg. no REsp. n. 1285027/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 14/08/2013). Destacado.

De outro vértice, o propósito do referido dispositivo é de desobstruir as pautas dos Tribunais para que se agilize o julgamento das ações e dos recursos que realmente precisam ser submetidos à apreciação pelo órgão colegiado e, não os manifestamente infundados, contrários à jurisprudência dominante, como na espécie.

Portanto, não há irregularidade no julgado quanto a utilização do artigo 557, *caput*, do CPC, uma vez que há perfeita subsunção do caso em concreto à hipótese elencada nesse dispositivo.

De mais a mais, o magistrado não está vinculado – exceto nos casos dos recursos repetitivos, dos recursos extraordinários com repercussão geral e das súmulas vinculantes ou não – a determinado aresto/entendimento deste ou de outro tribunal, eis que, ainda, vigora no sistema jurídico brasileiro a *civil law*, em que, basicamente, a Lei é a fonte primordial do Direito.

Desta feita, como houve fundamentação legal para negativa de seguimento do reclamo e ainda apontamento de jurisprudência dominante da corte superior sobre a hipótese em julgamento, e que se entendeu como aplicável ao caso, despicienda maiores argumentações a respeito de posicionamentos contrários ao adotado.

Diante do 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. Marcos José de Brito Rodrigues.

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, MS, 24 de junho de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0800631-29.2013.8.12.0006 – Camapuã
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME OBRIGATÓRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL – CANDIDATA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA VISUAL – VISÃO MONOCULAR – FATO INCONTROVERSO - PESSOA PORTADORA DE NECESSIDADE ESPECIAIS – PNE – SÚMULA N. 377, DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Demonstrado nos autos, tanto pelos laudos particulares como pelo próprio exame médico realizado pela banca examinadora, de que a candidata é portadora de deficiência visual - CID 10 (Classificação Internacional de Doenças) H54.4 (cegueira em um olho ou visão monocular), o que demonstra ser a ora recorrida portadora de visão monocular, tornando-se fato incontroverso, o que lhe garante o direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.

Uma vez aprovada no certame e classificada dentro do número de vagas, tem direito líquido e certo de ser nomeada para o exercício de cargo público, sob pena de ser preterida em sua classificação.

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 e com o parecer, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 27 de maio de 2014.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator.

RELATÓRIO

Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Município de Camapuã, nos autos de mandado de segurança de n. 0800631-29.2013.8.12.0006 impetrado por Mirene Pereira de Resende, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

1 - a inicial do presente remédio constitucional deve ser indeferida, por não ter a impetrante demonstrado de plano o seu direito líquido e certo, uma vez que a circunstância fática trazida nos autos demanda dilação probatória, mediante exame pericial;

2 - a apelada não comprovou que sua deficiência visual se enquadra no disposto no artigo 4º, III, do Decreto n. 3.298/1999, pois não fez prova da irreversibilidade da cegueira, o que exige instrução do feito por meio de prova técnica, afastando, portanto, o direito líquido e certo;

3 - laudo médico particular não é prova suficiente para conferir à candidata a qualidade de 'portadora de necessidades especiais';

4 - o edital de abertura do concurso expressamente definiu que, antes da posse dos candidatos que se declararem portadores de deficiência física, a municipalidade iria designar um médico para analisar o efetivo enquadramento na legislação própria do PNE, inclusive para atestar se as atribuições dos cargos são compatíveis com a deficiência, momento em que a impetrante foi submetida à exame oftalmológico, o qual afastou a deficiência, o que ensejou a sua exclusão da lista dos aprovados com necessidades especiais;

5 - ao garantir vaga ao portador de visão monocular, a administração pública visa assegurar a igualdade de condições dos candidatos, todavia, aquele que não comprova a sua deficiência, de forma irreversível, não em direito ao quadro de PNE, sob pena de ofender o princípio constitucional da igualdade;

6 - a baixa acuidade visual não é deficiência suficiente a ensejar a participação da impetrante no certame como pessoa portadora de necessidades especiais, mormente a possibilidade de reversão de sua patologia; e,

7 - após a realização da perícia médica pela banca examinadora, foi solicitado à candidata esclarecimentos sobre sua deficiência, todavia, a mesma manteve-se inerte, não apresentando nenhuma prova que daria suporte para uma melhor avaliação.

Por fim, pede que seu recurso seja conhecido e provido para, reformando a sentença impugnada, denegar a ordem pleiteada na inicial.

O apelo foi respondido batendo-se a recorrida pelo improvimento do mesmo.

O magistrado submete a sentença ao reexame necessário.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento dos recursos voluntário e obrigatório, mantendo-se a sentença em seus termos.

VOTO

Des. Marcos José de Brito Rodrigues (Relator).

Conforme relatado, Município de Camapuã, nos autos de Mandado de Segurança de n. 0800631-29.2013.8.12.0006 impetrado por Mirene Pereira de Resende, oferece recurso de apelação.

Dessume-se dos autos que a impetrante inscreveu-se no Concurso Público de Provas e Títulos para o quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Camapuã, nos termos do edital de abertura do certame, correndo ao cargo de "Professor de Educação Infantil", na condição de Portadora de Necessidades Especiais – PNE, por ter comprovado, no ato de inscrição, a deficiência visual (Visão monocular – cegueira do olho direito). Após realizar todas as provas, foi aprovada e classificada em 32º lugar na lista geral e em 1º lugar na relação PNE.

Todavia, inobstante o edital garantir que 5% das vagas de cada cargo seriam destinada aos portadores de necessidades especiais, a autora fora preterida em sua classificação, uma vez que foram nomeados os sete primeiros classificados na lista geral, bem como o sete seguintes, sem que fosse convocada para tomar posse do cargo para o qual foi regularmente aprovada na condição de PNE.

Diante dos fatos e fundamentos apresentados pela impetrante, o magistrado de piso deferiu a medida liminar no sentido de que fosse procedida a imediata posse da impetrante no cargo de Professora de Educação Infantil. Esta liminar foi confirmada por este Tribunal, mediante o julgamento do Agravo de Instrumento de n. 4005847-51.2013.8.12.0000, de minha relatoria.

Em sentença, a ordem foi concedida.

O Município apela para esta Corte aduzindo, em síntese, que a matéria posta em exame demanda dilação probatória, sendo necessária a realização de perícia médica para comprovar a deficiência apontada pela impetrante, bem como para demonstrar a sua irreversibilidade, uma vez que o laudo particular não é prova inequívoca do direito alegado na inicial.

Tenho que a súplica não procede.

Inicialmente registro que a tese de ser necessária a dilação probatória já foi matéria examinada quando do julgamento do Agravo de Instrumento (já mencionado). Naquela oportunidade, entendi que, embora o fato narrado como causa de pedir seja de que a impetrante é acometida de visão monocular, o que lhe garante a condição de portadora de necessidades especiais, tal situação foi objeto de prova-pré-constituída nos autos, não sendo prescindível a dilação probatória; sendo certo que, se os documentos colacionados não forem aptos a comprovar a violação de direito líquido e certo, trata-se de matéria de mérito daquele feito e, não de condição de ação.

Assim sendo, examinado-se os autos, mantenho o entendimento de que não se faz necessária a dilação probatória e, por consequência, afasto a pretensão de indeferimento da inicial do presente recurso.

No mérito, analisando-se os autos, vejo que houve ofensa ao direito líquido e certo da impetrante a ensejar a proteção via mandado de segurança.

Isso porque, muito embora a autoridade apontada como coatora afirme que a desclassificação da candidata como PNE ocorreu pelo fato de a junta médica do certame ter concluído inexistir deficiência visual nos termos do artigo 4º, III, do Decreto n. 3.298/1999, o próprio laudo médico, emitido no 'exame' realizado antes da posse da impetrante, expressamente concluiu que a autora possui CID H53.0 e CID H54.4, diagnóstico este idêntico ao apresentado pela autora quando da realização de sua inscrição no certame, bem como àquele constante nos laudos médicos particulares que instruem a presente demanda.

Ora, se o próprio médico vinculado à banca examinadora atesta que a impetrante tem deficiência visual e indica, na classificação, o CID 10 H54.4, que se refere à cegueira de um olho (p. 190), a autoridade coatora não poderia ter afastado a impetrante da classificação PNE.

O que se vê é que a administração pública limitou-se a examinar o relatório médico frente à disposição literal do artigo 4º supracitado, sem se atentar para a conclusão emitida no exame oftalmológico, o qual, como já dito, definiu a candidata como portadora de CID H 54.4 e CID H 53.0, moléstias estas que coincidem com os laudos particulares apresentados pela impetrante e conferem certeza a sua deficiência visual.

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que "O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes", nos termos se sua Súmula n. 377.

Ademais, trago a lume os seguintes arestos:

> *"RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PORTADOR DE VISÃO MONOCULAR. FATO INCONTROVERSO. DEFICIÊNCIA FÍSICA. SÚMULA 377/STJ.*

> *1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter sua inclusão na lista de candidatos aprovados, nas vagas destinadas a deficientes físicos, possibilitando sua nomeação, no concurso público para provimento do cargo de Analista Judiciário/Área Judiciária, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, uma vez que é portador de visão monocular.*
>
> *2. Pela leitura do laudo médico apresentado pela autoridade coatora, verifica-se que houve a aplicação literal do artigo 4º, inciso III, do Decreto 3298/99, que considera deficiente visual aquele que possui acuidade visual prejudicada nos dois olhos, ou seja, considerou que o ora recorrente não se enquadrou nesta deficiência.*
>
> *Ocorre que a interpretação do referido Decreto não exclui os portadores de visão monocular do benefício da reserva de vagas para deficientes físicos. Assim, o referido laudo não analisou a questão da visão monocular, apenas declarou que o candidato não se enquadrava na exigência do artigo 4º, inciso III, do Decreto n. 3.298/99 para ser considerado deficiente visual.*
>
> *3. Para demonstrar a sua deficiência visual, o ora requerente apresentou três laudos médicos, onde verificou-se a presença do CID 10 (Classificação Internacional de Doenças) H54.4 (cegueira em um olho ou visão monocular) e H47.2 (atrofia ótica), o que demonstra ser o ora recorrente portador de visão monocular.*
>
> *4. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica no sentido de reconhecer o direito do portador de visão monocular de inscrever-se em concurso público dentro do número de vagas reservadas a deficientes físicos. Incide, no caso, a Súmula 377 do STJ: 'O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes'.*
>
> *5. Recurso ordinário provido.* (RMS 36.890/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012).

Logo, sendo incontroverso nos autos de que a impetrante é portadora de visão monocular e que, portanto, se enquadra no conceito de pessoa portadora de necessidade especial, deve ser mantida a sentença que concedeu a ordem e determinou a sua imediata nomeação no cargo de professora da educação infantil.

Ante o exposto, e com o parecer, conheço dos recursos obrigatórios e necessários e nego-lhes provimento, mantendo inalterada a sentença ora guerreada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

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, MS, 27 de maio de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0001160-59.2010.8.12.0015 - Miranda
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFENSORIA PÚBLICA – ILEGITIMIDADE – DIREITOS PREVISTOS NA LEI Nº 7.210/1984 – AÇÃO QUE NÃO TRATA DE RESTRIÇÃO A DIREITOS DE NECESSITADOS, DECORRENTE DA SITUAÇÃO DE CARÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não tem a Defensoria Pública legitimidade para propor ação civil pública na defesa de diversos direitos, previstos na Lei nº 7.210/1984, a todos os internos da cadeia pública da comarca de Miranda/MS, indistintamente, visto que a matéria deduzida nos autos não trata da restrição a direitos de necessitados, decorrente da situação de carência.

Recurso conhecido e improvido, com o parecer.

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, com o parecer.

Campo Grande, MS, 15 de abril de 2014.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator.

RELATÓRIO

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, irresignada com a sentença que extinguiu a ação civil pública que ajuizou em face do Estado de Mato Grosso do Sul, por ilegitimidade ativa para a sua propositura, interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma do *decisum*.

Em suas razões recursais, às f. 547-561, a recorrente sustenta, em síntese, que a sentença não pode subsistir, eis que possui legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública, a qual visa salvaguardar a dignidade dos custodiados que cumpriam suas penas na Delegacia de Polícia Civil de Miranda (MS), nos termos 1º da Lei Complementar Federal n. 80/94; artigo 5º, II, da Lei 7.347/85 e no art. 142, XI, da Constituição Federal.

Assevera que a interposição de Ação Civil Pública pela Defensoria Pública não consistiria em faculdade, mas em poder-dever que não se limita aos direitos dos economicamente necessitados, mas também dos necessitados do ponto de vista organizacional.

Argumenta que, ainda que se considere ser atribuição da Defensoria Pública apenas a defesa dos economicamente necessitados, em matéria de defesa do interesse coletivo, bastará que haja indícios de

que parte ou boa parte dos assistidos são economicamente necessitados, justamente por serem pessoas hipossuficientes em extremo grau de vulnerabilidade, haja vista serem custodiados.

Prequestiona os artigos 5º, II, da Lei n. 7347/85; os artigos 1º e 4º, VII, da Lei Complementar Federal n. 80/94, e os arts. 134 da Constituição Federal.

Remata requerendo o provimento do recurso para o fim de ser reconhecida a sua legitimidade ativa para a propositura de Ação Civil Pública, julgando-se procedente a demanda, ou, alternativamente, o retorno dos autos so Juízo de origem para que seja proferida decisão de mérito.

Contrarrazões às f. 596-599, pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (f. 605-612).

VOTO

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator).

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, irresignada com a sentença que extinguiu a ação civil pública que ajuizou em face do Estado de Mato Grosso do Sul, por ilegitimidade ativa para a sua propositura, interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma do *decisum*.

Em suas razões recursais, às f. 547-561, a recorrente sustenta, em síntese, que a sentença não pode subsistir, eis que possui legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública, a qual visa salvaguardar a dignidade dos custodiados que cumpriam suas penas na Delegacia de Polícia Civil de Miranda (MS), nos termos 1º da Lei Complementar Federal n. 80/94; artigo 5º, II, da Lei 7.347/85 e no art. 142, XI, da Constituição Federal.

Assevera que a proposição de Ação Civil Pública pela Defensoria Pública não consistiria em faculdade, mas em poder-dever que não se limita aos direitos dos economicamente necessitados, mas também dos necessitados do ponto de vista organizacional.

Argumenta que, ainda que se considere ser atribuição da Defensoria Pública apenas a defesa dos economicamente necessitados, em matéria de defesa do interesse coletivo, bastará que haja indícios de que parte ou boa parte dos assistidos são economicamente necessitados, justamente por serem pessoas hipossuficientes em extremo grau de vulnerabilidade, haja vista, no caso, serem custodiados.

Prequestiona os artigos 5º, II, da Lei n. 7347/85; os artigos 1º e 4º, VII, da Lei Complementar Federal n. 80/94, e os arts. 134 da Constituição Federal.

Remata requerendo o provimento do recurso para o fim de ser reconhecida a sua legitimidade ativa para a propositura de Ação Civil Pública, julgando-se procedente a demanda, ou, alternativamente, o retorno dos autos so Juízo de origem para que seja proferida decisão de mérito.

Contrarrazões às f. 596-599, pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (f. 605-612).

Para melhor compreensão da controvérsia, mostra-se necessário um breve relato dos fatos postos em julgamento na presente ação civil pública.

Segundo a inicial, a autora, Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, ajuizou uma Ação Civil Pública para o fim de sanar as irregularidades constatadas na Delegacia de Polícia de Miranda (MS), que atentam contra os direitos humanos de todos os reclusos que ali se encontram, na qualidade de assistidos ou não pela Defensoria Pública.

A sentença, acerca da legitimidade, assim fundamentou, *verbis*:

> *"[...] É indiscutível que, com a edição da Lei nº 11.448/2007, que alterou o art. 5º, da Lei nº 7.347-1985, a Defensoria Pública passou a ter legitimidade para a propositura de ação civil pública.*
>
> *No entanto, tal legitimidade deve ser apreciada à luz do ordenamento constitucional, o que implica reconhecer que a Defensoria Pública somente poderá tutelar interesses transindividuais em juízo, que se enquadrem nas situações descritas no art. 5º, inciso LXXIV e art. 134, da Constituição Federal.*
>
> *A presente ação civil pública pretende assegurar direitos a toda a população carcerária custodiada na cadeia pública de Miranda.*
>
> *No caso, apesar de a maior parte dos presos ser assistido pela Defensoria Pública, há parcela atendida também por defensores particulares, aos quais evidentemente não se aplica o disposto no inciso LXXIV, do art. 5º, da Constituição Federal.*
>
> *A parte autora pretende, com a presente ação, garantir diversos direitos, previstos na Lei nº 7.210/1984, a todos os internos da cadeia pública da comarca de Miranda/MS, indistintamente, de modo que a matéria deduzida nos autos não trata da restrição a direitos de necessitados, decorrente da situação de carência.*
>
> *Em tal situação, falece legitimidade à Defensoria Pública para propor o processo coletivo, que deve ser extinto, portanto, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil."*
>
> *Nesse sentido:*
>
> *"'PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANDIDATAS GESTANTES. EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO. ATRIBUIÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA. HIPOSSUFICIENTES. ILEGITIMIDADE ATIVA.*
>
> *1. A Corte Especial deste Tribunal, no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 2008.70.00.030789-1/PR, declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985, sem redução de texto, por ofensa ao art. 134 da Constituição Federal. 2. Restou consignado que não é dado à legislação infraconstitucional estender as atribuições da Defensoria Pública para alcançar sujeitos que não sejam hipossuficientes, sob pena de violação das suas atribuições constitucionais e invasão da esfera de competência do Ministério Público, como fiscal da lei, defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. 3. A teor do art. 151 do RITRF 4ª Região, as decisões da Corte Especial que declaram a inconstitucionalidade de lei vinculam os órgãos fracionários em hipóteses idênticas. 4. No caso, a ação civil pública ajuizada na origem tutela o direito das candidatas gestantes que participam do Processo Seletivo para Ingresso no Corpo de Saúde da Marinha de se submeterem a novos Testes de Suficiência Física após a gestação, sem que haja o necessário enquadramento dos beneficiários na condição de necessitados. 5. Nessas condições, impõe-se reconhecer a ilegitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública de origem.'* (Apelação/Reexame Necessário nº 2008.70.00.011281-2/PR, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Marga Inge Barth Tessler. j. 10.11.2010, unânime, DE 17.11.2010).

> *'ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ILEGITIMIDADE EM VIRTUDE DA DESVINCULAÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS DOS NECESSITADOS. Ainda que a Lei nº 11.448/07 tenha elencado a Defensoria como legitimada a propor a Ação Civil Pública, sem fazer menção aos economicamente hipossuficientes, tal circunstância não afasta a delimitação, à que está submetida à Defensoria, de defender os interesses dos necessitados.*
>
> *Não cabe à Instituição defender interesses coletivos e individuais homogêneos de candidatos em concurso público, na medida em que não são pessoas hipossuficientes economicamente, fato que arreda a atuação da Defensoria Pública.'* (Apelação Cível nº 2008.70.00.014882-0/PR, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Sérgio Renato Tejada Garcia. j. 19.08.2009, unânime, DE 08.09.2009).

Posto isso, reconheço de ofício a ilegitimidade ativa da DEFENSORIA PÚBLICA, decretando a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil."

Feitos esses necessários esclarecimentos, tenho que a sentença deve ser mantida.

Isto porque a Defensoria Pública, tal qual apontou a sentença recorrida, é instituição que foi concebida com destinação específica e, evidentemente, não tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses difusos, imprecisos e abstratos.

Reza o art. 134 da Constituição Federal que *"a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". E este artigo trata da obrigação do Estado de prestar a "assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".*

Assim sendo, não obstante alteração legislativa trazida pela Lei nº 11.448, de 15/01/2007, tenha modificado o teor do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, incluindo a Defensoria Pública entre os legitimados para o ajuizamento de ações civis públicas, ao Defensor Público compete, por destinação constitucional, a orientação jurídica, judicial e extrajudicial e promover a defesa das pessoas necessitadas, em todos os graus de jurisdição, não lhe cabendo promover ação em nome próprio na defesa de interesses difusos, imprecisos e abstratos ou pessoas incertas.

A atribuição de "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" é atribuição institucional do Ministério Público, a teor do art. 127 da Constituição Federal.

A Lei Complementar n.º 80, de 12/01/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, além de prescrever normas gerais para sua organização nos Estados, define em seus artigos 1º e 4º as respectivas funções institucionais, verbis:

> *"Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009)."*
>
> *"Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:*
>
> *I - promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses;*
>
> *II - patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;*

III - patrocinar ação civil;

IV - patrocinar defesa em ação penal;

V - patrocinar defesa em ação civil e reconvir;

VI - atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei;

VII - exercer a defesa da criança e do adolescente;

VIII - atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

IX - assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes;

X - atuar junto aos Juizados Especiais de Pequenas Causas;

XI - patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado;

XII - (VETADO)

XIII - (VETADO)

§ 1º (VETADO)

§ 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.

§ 3º (VETADO)"

Assim, cabe à Defensoria Pública, única e exclusivamente, promover a defesa dos interesses individuais disponíveis ou indisponíveis em nome do próprio titular do direito.

O tema em exame, vale lembrar, já foi objeto de ação ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), em 16.08.2007 - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3943) no Supremo Tribunal Federal -, contestando a constitucionalidade da lei que legitima a Defensoria Pública a propor ação civil pública (que pende de julgamento, mas que está bem encaminhada, com parecer do Procurador-Geral da República, Antonio Fernando de Barros e Silva, pela declaração de inconstitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 11.448/2007, por contrariar o disposto no art. 5º, LXXIV, e art. 134, caput, da Constituição da República, que determinam que a Defensoria Pública tem atribuição para prestar assistência jurídica integral e gratuita somente às pessoas que comprovarem insuficiência de recursos).

Outrossim, mesmo em se reputando constitucional o artigo 5º, inciso II, da LACP, como, aliás, o fez a sentença, necessária sua interpretação com adição de sentido, limitando-se a possibilidade de a Defensoria Pública ajuizar ações civis públicas na defesa de direitos transindividuais exclusivamente em benefício de pessoas necessitadas, que comprovem carência de recursos, em consonância com os artigos 134, caput, e 5º, inciso LXXIV, da Magna Carta.

Isso sob pena, como já devidamente demonstrado, de a atuação dessa instituição extravasar manifestamente suas finalidades constitucionais.

A propósito, aliás, o voto-vista do Ministro Teori Albino Zavascki no REsp n° 912.849/RS, *verbis*:

"2. As normas infraconstitucionais de legitimação ativa da Defensoria Pública devem ser interpretadas levando em consideração as funções institucionais estabelecidas na Constituição. Nos termos do art. 134 da CF, "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". Esse dispositivo a que se reporta a norma estabelece, por sua vez, que "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Considerado o princípio da máxima efetividade da Constituição e, especialmente, dos instrumentos de tutela dos direitos por ela criados, não há dúvida de que os dispositivos transcritos conferem à Defensoria Pública legitimação ativa ampla no plano jurisdicional, tanto sob o aspecto material, quanto no instrumental. Não há razão para, no plano material, excluir as relações de consumo ou de, no âmbito processual, limitar seu acesso ao mero plano das ações individuais. Portanto, é legítima, do ponto de vista constitucional, a disposição do art. 4º, XI, da Lei Complementar 80, de 1994, segundo a qual "São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras (...) patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado". E nada impede que, para o adequado exercício dessa e das suas outras funções institucionais, a Defensoria Pública lance mão, se necessário, dos virtuosos instrumentos de tutela coletiva.

3. Se é certo que a Defensoria Pública está investida desses poderes, também é certo que a Constituição estabelece, sob o aspecto subjetivo, um limitador que não pode ser desconsiderado: à Defensoria cumpre a defesa "dos necessitados " (CF, art. 134) , ou seja, dos "que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5º, LXXIV). Essa limitação, que restringe a legitimidade ativa a ações visando à tutela de pessoas comprovadamente necessitadas, deve ser tida por implícita no ordenamento infraconstitucional, como, v.g., no art. 4º da LC 80/94 e no art. 5º, II da Lei 7.347/85. Sustentamos esse entendimento também em sede doutrinária (Processo Coletivo, 2ª ed., SP:RT, p.77). E foi justamente assim que entendeu o STF quando apreciou a constitucionalidade do art. 176, § 2º, V, e e f, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que trata de legitimação dessa natureza (ADin-MC 558-8, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.03.93).

4. No caso dos autos, o acórdão recorrido, de lavra do eminente professor Des. Araken de Assis, adotou justamente esse entendimento, inclusive no que se refere ao limitador: ele reconheceu a legitimação da Defensoria Pública para a ação coletiva, mas limitou o âmbito subjetivo dos eventualmente favorecidos pela sentença de procedência, que será o das pessoas que comprovarem ser necessitadas, demonstração essa que ocorrerá na fase de liquidação e execução. Eis o que consta, a propósito, no voto do relator:

"Finalmente, o problema da comprovação da necessidade. A autora pretende a condenação da ré em favor de consumidores 'lesados' e necessitados. Por lesados, entenda-se bem (a clareza, aqui como alhures, também é um bem jurídico essencial):

Os consumidores que fraudaram os medidores e, pilhados no ilícito, admitiram a dívida respectiva, calculada segundo regulamento geral e impessoal, e devem pagá-la, sob pena de corte de fornecimento, à moda bem brasileira (em que outro País um órgão do Estado veicularia tal pretensão?) não querem pagar, nem sofrer o corte de energia, e, assim, 'constitucionalmente' transferir para os consumidores adimplentes ('eles', costuma-se chamar aos outros que não conhecemos) o custo total do consumo de energia elétrica na aprazível Erechim. É o resumo fiel da pretensão, exibida, naturalmente, com outra roupagem e persuasiva retórica, fundada nos mais elevados princípios constitucionais.

(...)

Volvendo ao ponto, não vejo obstáculo algum, não me adiantando acerca de outros aspectos, no que tange à comprovação da necessidade dos consumidores 'lesados'. Conforme explica GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA (ob. cit., pp. 500-501), basta a firmação da existência dos direitos individuais homogêneos, decorrendo do acolhimento do pedido uma condenação genérica, que será oportunamente liquidada, individualizando-

se os beneficiários do comando do provimento judicial. Em tal oportunidade, posterior à emissão do pronunciamento (e, portanto, impossível erigir condição a priori), demonstrar-se-á a condição de 'necessitado'. Por óbvio, não se há de se pretender que quaisquer consumidores, incluindo os de grande renda (e consumo), sejam beneficiados pela ação da Defensoria Pública." (fls. 108v/109v).

5. Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento aos recursos especiais, acompanhando o Ministro relator." (grifo aposto).

Logo, não há falar em qualquer defeito na sentença recorrida.

Pelo exposto, de acordo com o parecer, nego provimento ao recurso.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Revisor).

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Defensoria Pública do Estado do MS contra sentença proferida pelo juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Miranda, nos autos da ação civil pública movida contra Estado de Mato Grosso do Sul.

Acompanho o relator, para negar provimento ao recurso de apelação cível, já que a Defensoria Pública Estadual não detém legitimidade para propor ação civil pública, conforme Lei 7.210/84.

A Defensoria Pública é parte ilegítima para propor ação civil pública na defesa de diversos direitos, previstos na Lei nº 7.210/1984, a todos os internos da cadeia pública da comarca de Miranda/MS, indistintamente, visto que a matéria deduzida nos autos não trata da restrição a direitos de necessitados, decorrente da situação de carência.

Acompanho o relator, para negar provimento ao recurso de apelação cível, já que a Defensoria Pública Estadual, não detém legitimidade para propor ação civil pública, conforme lei 7.210/84.

Diante disso, acompanho o relator para negar provimento ao recurso de apelação cível.

Des. Eduardo Machado Rocha (Vogal).

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, MS, 15 de abril de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0002579-74.2011.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA - REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 598.099/MS, submetido ao procedimento do artigo 543-B, do CPC, decidiu que o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previsto no edital, tem direito líquido e certo à nomeação.

Recursos conhecidos e não providos.

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 e com o parecer, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 27 de maio de 2014.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator.

RELATÓRIO

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Município de Nova Andradina, irresignado com a sentença que concedeu a segurança pleiteada no mandado de segurança impetrado por Wellington Hugo Cardoso da Silva, interpõe recurso de apelação.

Nas razões recursais que devolve a este sodalício (f. 105-115), o recorrente sustenta que a nomeação de candidatos aprovados em concurso público exige interesse público, ou seja, da necessidade da Administração, conforme previsão contida no item 8.2 do edital do concurso.

Relata que a sentença não respeitou os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular, da segurança jurídica e da eficiência.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida, denegando a segurança.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 120-125) pedindo a manutenção da sentença com o não provimento do recurso.

A sentença também foi submetida ao reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei n.º 12.016/09.

Em parecer (f. 130-135), a PGJ opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

VOTO

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator).

Município de Nova Andradina, irresignado com a sentença que concedeu a segurança pleiteada no mandado de segurança impetrado por Wellington Hugo Cardoso da Silva, interpõe recurso de apelação.

Nas razões recursais que devolve a este sodalício (f. 105-115), o recorrente sustenta que a nomeação de candidatos aprovados em concurso público exige interesse público, ou seja, da necessidade da Administração, conforme previsão contida no item 8.2 do edital do concurso.

Relata que a sentença não respeitou os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular, da segurança jurídica e da eficiência.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida, denegando a segurança.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 120-125) pedindo a manutenção da sentença com o não provimento do recurso.

A sentença também foi submetida ao reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei n. 12.016/09.

Em parecer (f. 130-135), a PGJ opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Passo a analisar o reexame necessário e o recurso voluntário simultaneamente.

Pois bem, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se o impetrante direito líquido e certo à nomeação no cargo público para o qual foi aprovada dentro do número de vagas previsto no edital.

De acordo com a previsão constitucional, o mandado de segurança será sempre pertinente contra ilegalidade ou abuso de poder praticado pelo agente público ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições de Poder Público, nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da CF, *in verbis*:

> *"Art. 5º. (...)*
>
> *LXIX. conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público";*

O direito líquido e certo pode ser entendido como aquele determinado em seus contornos, comprovável de plano, que não exige dilação probatória.

Conforme leciona Hely Lopes Meirelles:

> *"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada;*

> *se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais"* (Mandado de Segurança. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36-37).

Consta dos autos que o impetrante, consoante Edital n.º 017/2007 (f. 33-37), foi aprovado em 7º lugar (f. 37) no concurso público realizado pelo Município de Nova Andradina (Edital n.º 001/2007/CP (f. 18-32)), destinado ao preenchimento, dentre outros cargos, de 12 (doze) vagas para o cargo efetivo de Agente de Apoio Social (f. 32).

Pois bem. Anoto que a questão relacionada à discricionariedade na nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas em edital de concurso público foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, submetida ao procedimento da repercussão geral.

Assim, a Corte Suprema, no julgamento do RE n.º 598.099/MS resolveu o seguinte:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação*

> *deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO"* (STF; RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314).

Na hipótese destes autos, deve ser concedida a segurança, uma vez que o impetrante foi aprovado dentro do número de vagas previsto no edital bem como em razão de já ter transcorrido o prazo de validade do certame, o qual expirou em 15 de junho de 2011.

Nem se diga que a determinação de nomeação do candidato aprovado violaria os princípios da supremacia do interesse público, da segurança jurídica e da eficiência.

Na verdade, tais princípios vêm sendo reiteradamente violados pela própria Administração Pública que insiste em abrir processos seletivos, informando a existência de determinado número de vagas, mas, após a conclusão da seleção, deixa de convocar os candidatos aprovados.

Por outro lado, nem se diga que a nomeação do impetrante implicaria em ofensa à Lei de Responsabilidade Fiscal, pois a própria realização do concurso, com número certo de cargos e a respectiva remuneração, pressupõe, de antemão, a obediência servil aos ditames da referida Lei.

Portanto, presente o direito líquido e certo invocado na exordial, há de ser mantida a sentença concessiva da segurança.

Ante o exposto, conheço do reexame necessário e do recurso voluntário e nego-lhes provimento. Com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento aos recursos, 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. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, MS, 27 de maio de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0020394-69.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – CONDUÇÃO DE MOTOCICLETA POR MENOR SEM HABILITAÇÃO – ARTIGO 162, I E ARTIGO 163, DO CTB – AUSÊNCIA DE DUPLICIDADE – PENALIDADES – APREENSÃO DA CNH DA PROPRIETÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O artigo 162, do CTB visa punir aquele que conduz um veículo sem habilitação; por sua vez, o artigo 163, do CTB penaliza a pessoa que entrega ou permite a direção por pessoa não habilitada para dirigir. Trata-se de duas infrações distintas que podem ser aplicadas simultaneamente, desde que a pessoas distintas, não havendo que se falar em duplicidade.

A aplicação da penalidade de apreensão e/ou suspensão da Carteira de Habilitação somente pode ser aplicada à própria pessoa que conduzia o veículo em situação irregular, não podendo atingir o proprietário.

Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada.

Recurso conhecido e 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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 8 de abril de 2014.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator.

RELATÓRIO

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Selma Garcia da Silva, irresignada com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial da ação anulatória de ato administrativo que propusera em face do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – Detran/MS, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 166-175, a apelante sustenta que não é possível a autuação com duas infrações diferentes pelo mesmo fato, considerando que o condutor da motocicleta foi claramente identificado no momento da autuação.

Relata que *"conforme já exposto no agravo de instrumento interposto contra a negativa de concessão de tutela antecipada, que restou julgado procedente por este E. Tribunal, em outros casos idênticos, o D. Juízo a quo reconheceu que a infração de dirigir veículo sem possuir CNH apenas poderia ser aplicada ao condutor e não ao proprietário do veículo"* (f. 171).

Prequestiona toda a matéria debatida nos autos.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida com o julgamento procedente dos pedidos.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 178-182), pedindo a manutenção da sentença com o não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator).

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Selma Garcia da Silva em face da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação anulatória de ato administrativo que propusera em face do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – DETRAN/MS.

No apelo de f. 166-175, a apelante sustenta que não é possível a autuação com duas infrações diferentes pelo mesmo fato, considerando que o condutor da motocicleta foi claramente identificado no momento da autuação.

Relata que *"conforme já exposto no agravo de instrumento interposto contra a negativa de concessão de tutela antecipada, que restou julgado procedente por este E. Tribunal, em outros casos idênticos, o D. Juízo a quo reconheceu que a infração de dirigir veículo sem possuir CNH apenas poderia ser aplicada ao condutor e não ao proprietário do veículo"* (f. 171).

Prequestiona toda a matéria debatida nos autos.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida com o julgamento procedente dos pedidos.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 178-182), pedindo a manutenção da sentença com o não provimento do recurso.

Conforme se infere dos autos, a autora é proprietária de uma motocicleta Honda CG 125 FA, ano/modelo 2007/2008, placas HTB 0391. Em 16 de março de 2009, a autora recebeu um telefonema de seu filho, Michael Garcia da Silva Barbosa – adolescente, sem habilitação – avisando que estava na posse da motocicleta e que a polícia o havia abordado, sendo solicitada a presença da pessoa responsável para serem lavradas as multas de trânsito.

Chegando ao local, a recorrente foi informada que seriam aplicadas duas multas, tendo sido apreendidas a motocicleta e sua habilitação. Posteriormente, houve a suspensão de sua habilitação, eis que ainda estava com a Carteira Provisória.

Inconformada, a apelante formulou requerimentos administrativos objetivando suspender as penalidades, mas não obteve êxito, o que justificou o manejo desta demanda.

Após oitiva da parte requerida, o magistrado proferiu sentença de improcedência (f. 161-162), motivando a interposição deste recurso.

O cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se deve ser declarada a nulidade dos autos de infração constantes nos autos (f. 22-24) em virtude de haver punição em duplicidade, bem como se é o caso de restituição da motocicleta e da Carteira de Habilitação apreendidas.

Como é cediço, o auto de infração de trânsito lavrado pela autoridade competente deve preencher determinados requisitos, os quais estão explicitados no artigo 280 do Código de Trânsito Brasileiro, *in verbis*:

> *"Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:*
>
> *I - tipificação da infração;*
>
> *II - local, data e hora do cometimento da infração;*
>
> *III - caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação;*
>
> *IV - o prontuário do condutor, sempre que possível;*
>
> *V - identificação do órgão ou entidade e da autoridade ou agente autuador ou equipamento que comprovar a infração;*
>
> *VI - assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração".*

Sabe-se, também, que os atos administrativos praticados por servidores públicos, inclusive pelas autoridades de trânsito, possuem presunção de veracidade decorrente da fé pública que detém aqueles agentes, presumindo-se como verdadeiras as informações constantes no auto de infração bem como a sua regularidade formal.

No caso dos autos foram aplicadas duas penalidades pecuniárias, uma, sendo uma aquela prevista no artigo 162, I e outra do artigo 163, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, que assim dispõem:

> *"Art. 162. Dirigir veículo:*
>
> *I - sem possuir Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para Dirigir:*
>
> *Infração - gravíssima;*
>
> *Penalidade - multa (três vezes) e apreensão do veículo;*
>
> *(...)*
>
> *III – com Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para Dirigir de categoria diferente da do veículo que esteja conduzindo:*
>
> *Infração - gravíssima;*
>
> *Penalidade - multa (três vezes) e apreensão do veículo;*
>
> *Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação;*
>
> *(...)".*

> *"Art. 163. Entregar a direção do veículo a pessoa nas condições previstas no artigo anterior:*
>
> *Infração – as mesmas previstas no artigo anterior;*
>
> *Penalidade – as mesmas previstas no artigo anterior;*
>
> *Medida administrativa – a mesma prevista no inciso III do artigo anterior".*

Nota-se, então, que o artigo 162 visa punir aquele que conduz um veículo sem habilitação; por sua vez, o artigo 163 penaliza a pessoa que entrega ou permite a direção por pessoa não habilitada para dirigir. Trata-se de duas infrações distintas que podem ser aplicadas simultaneamente, desde que a pessoas distintas.

No caso dos autos, a sanção prevista no artigo 162, do CTB fora imposta a Michael Garcia da Silva Barbosa, filho da recorrente e condutor da motocicleta. Por sua vez, a sacão do artigo 163, do CTB foi aplicada à Sra. Selma Garcia da Silva, proprietária do veículo. Logo, não se pode afirmar que há duplicidade na penalidade.

No entanto, analisando os autos, constatamos que a Sra. Selma foi punida com três medidas, quais sejam: aplicação de multa, apreensão do veículo e apreensão e suspensão da CNH.

Com efeito, a aplicação da penalidade de apreensão e/ou suspensão da Carteira de Habilitação somente pode ser aplicada à própria pessoa que conduzia o veículo em situação irregular, não podendo atingir o proprietário.

Essa é a lição trazida por Arnaldo Rizzardo que, comentando o artigo 163, do CTB defende o seguinte:

> *"Tanto no pertinente às penalidades quanto à medida administrativa fazem-se necessárias algumas considerações.*
>
> *A multa é aplicada em todos os casos acima enumerados, recaindo sempre na pessoa do proprietário, que é quem, entrega a direção ou permite a posse. A apreensão do veículo, por evidente, também será suportada pelo proprietário. Já a cassação da Permissão para Dirigir atingirá o condutor, pois a hipótese que determina esta penalidade diz respeito ao documento de habilitação que porta o condutor.*
>
> *No pertinente à medida administrativa – recolhimento do documento de habilitação -, somente torna-se possível relativamente à pessoa que é flagrada dirigindo, não podendo atingir o proprietário"* (Código de Trânsito Brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 402).

Portanto, equivocada a aplicação da penalidade administrativa consistente em apreender/suspender a permissão para dirigir da ora recorrente.

Do prequestionamento.

Por fim, quanto ao prequestionamento, faz-se mister destacar que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, cabendo-lhe a incidência do brocardo *da mihi factum dabo tibi jus*. Nesse sentido, adverte Rui Portanova:

> *"No princípio em estudo está contido o brocardo narra mihi factum, narro tibi ius, que também demonstra bem o quanto de público se encerra no processo e na atividade jurisdicional: do fato dispõem as partes, mas do direito dispõe o Estado-juiz" (in Princípios do Processo Civil, Livraria do Advogado, Editora Porto Alegre, 1995, p. 240).*

> *Assim, se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da seguinte ementa, transcrita apenas na parte que interessa:*
>
> *"O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais"* (Embargos de Declaração nº 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, J./12/1998, DJ-MS. 24/02/1999).

A propósito, confiram-se o escólio de Nelson Nery Júnior:

> *"Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida"* (*in* Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais, São Paulo: RT, 2001, p. 859).

Da conclusão.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação e dou-lhe provimento para, em reformando a sentença recorrida julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial, apenas para o fim de determinar a devolução da Carteira de Habilitação da ora apelante, o que deverá ser feito no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso no cumprimento da obrigação.

Alcançado esse desiderato, diante da sucumbência mínima da parte autora, condeno-a ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência, os quais arbitro em R$ 800,00 (oitocentos reais), tudo nos moldes do artigo 20, § 4º e artigo 21, parágrafo único, do CPC, ficando suspensa sua exigibilidade, conforme artigo 12, da Lei n.º 1.060/50.

É como voto

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Selma Garcia da Silva contra decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande, nos autos da ação anulatória de ato administrativo, movido contra Departamento Estadual de Transito do Estado de Mato Grosso do Sul - DETRAN/MS.

Acompanho o Relator para dar provimento ao recurso, reformando a decisão singular e julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial, apenas para o fim de determinar a devolução da carteira de habilitação à apelante, no prazo de 30 dias, sob pena de multa de R$ 500,00 por dia de atraso.

Isso porque, a mencionada penalidade imposta à apelante não se aplica ao proprietário do veículo, que não o estiver conduzindo no momento da infração administrativa, conforme dispõe o art. 163 do CTB.

Des. Eduardo Machado Rocha (Vogal).

Acompanho o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, MS, 08 de abril de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0008681-63.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO - NEGATIVA DE COBERTURA DE ÓRTESES E PRÓTESES - CLÁUSULA ABUSIVA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – DIREITO À VIDA QUE SE SOBREPÕE A UMA RELAÇÃO CONTRATUAL – RECURSO IMPROVIDO.

Se há no contrato de adesão uma cláusula que deixa de cobrir despesas relativas à uma prótese, colocando, via de consequência, em risco o êxito do procedimento adotado e determinado pelo médico, é nula de pleno direito, manifestamente abusiva e coloca o consumidor em desvantagem exagerada, pois acaba por restringir um direito fundamental inerente à natureza do contrato, que é a proteção à vida é à saúde do contratante.

À luz do princípio da proporcionalidade, o direito à vida deve se sobrepor a qualquer relação contratual.

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

Campo Grande, MS, 27 de maio de 2014.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator.

RELATÓRIO

Des. Paschoal Carmello Leandro.

Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Serviço Médico Ltda. interpõe apelação contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de obrigação de fazer que lhe move Sandra Aparecida Claudino.

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que há previsão expressa no contrato para a ausência de cobertura do procedimento realizado pela autora, no que se refere ao fornecimento de órteses e próteses; que não existiu qualquer subterfúgio com intenção de enganar o consumidor, o que afasta a violação do art. 51 do CDC; que tinha a apelada total conhecimento sobre os procedimentos administrativos que envolvem a limitação de cobertura, não havendo falar em ofensa ao princípio da boa-fé contratual; prequestiona os dispositivos que cita.

Ao final, requer provimento ao apelo.

Apesar de devidamente intimada, a apelada deixou de apresentar suas contrarrazões.

VOTO

Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Trata-se de apelação cível interposta por Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Serviço Médico Ltda. contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação formulado na ação de obrigação de fazer que lhe move Sandra Aparecida Claudino, para o fim de declarar a abusividade da cláusula contratual que exclui a cobertura de próteses e órteses do pacto entabulado entre as partes, e por consequência, determinar à cooperativa demandada que arque com os custos atinentes aos materiais necessários à realização da cirurgia da parte autora (próteses, órteses e materiais especiais).

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que há previsão expressa no contrato para a ausência de cobertura do procedimento realizado pela autora, no que se refere ao fornecimento de órteses e próteses; que não existiu qualquer subterfúgio com intenção de enganar o consumidor, o que afasta a violação do art. 51 do CDC; que tinha a apelada total conhecimento sobre os procedimentos administrativos que envolvem a limitação de cobertura, não havendo falar em ofensa ao princípio da boa-fé contratual; prequestiona os dispositivos que cita.

Ao final, requer provimento ao apelo.

A irresignação recursal não merece guarida.

Ao que se extrai dos autos, a autora, ora apelada, ingressou em juízo aduzindo ser beneficiária do plano de saúde da empresa ré, ora apelante, desde 07.12.1993, sendo que durante este período jamais ficou inadimplente. Diagnosticada com a enfermidade denominada "neurinoma de acústico", foi solicitado pelo profissional que lhe assiste a realização de procedimento cirúrgico para tumores intracranianos. Argumentou que embora a cooperativa demandada tenha autorizado a intervenção cirúrgica, negou o fornecimento de materiais necessários à sua realização, ao fundamento de se tratar de próteses e órteses.

Com efeito, a negativa da apelante encontra-se fundamentada na cláusula VII, item 7.1, alínea "n", do pacto contratual firmado entre as partes, nos seguintes termos:

> *"Cláusula VII - Serviços não assegurados. 7.1 - Não são cobertas por este contrato as despesas relativas a:*
>
> *(...)*
>
> *n) Marca-passo, lente intraocular, aparelhos ortopédicos, válvulas, próteses e órteses de qualquer natureza; (...)"*
>
> *Reza o art. 51, inciso IV, e § 1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, verbis:*
>
> *"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*
>
> *(...)*
>
> *IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou com a eqüidade;*
>
> *(...)*

> *§ 1º - Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:*
>
> *(...)*
>
> *II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;"*

De uma simples leitura do comando acima reproduzido, extrai-se que uma cláusula contratual que deixa de cobrir despesas relativas à uma prótese, colocando, via de consequência, em risco o êxito do procedimento adotado e determinado pelo médico, como no caso destes autos, é nula de pleno direito, manifestamente abusiva e coloca o consumidor em desvantagem exagerada, pois acaba por restringir um direito fundamental inerente à natureza do contrato, que é a proteção à vida é à saúde do contratante.

Como bem salientou o douto magistrado sentenciante, *"verifica-se que malgrada a proibição contratual, se tratam de materiais que se mostraram imprescindíveis à realização e sucesso do noticiado procedimento cirúrgico, motivo pelo qual eventual restrição à sua cobertura deve ser reputada como abusiva, valendo repetir que o procedimento cirúrgico em si não fora negado, como bem se do relatório formulado pela auditoria médica da cooperativa demandada."*

Ademais, penso que a exclusão de um meio necessário para o sucesso do tratamento indicado pelo profissional da saúde não se mostra razoável.

Em questão similar, assim decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PLANO DE SAÚDE CASSEMS RELAÇÃO ENTRE AS PARTES É TÍPICA DE CONSUMO APLICAÇÃO CDC PRÓTESE ESFÍNCTER URINÁRIO DESTINADA A EXECUÇÃO DE CIRURGIA EM QUE SUA UTILIZAÇÃO É IMPRESCINDÍVEL AO TRATAMENTO DA DOENÇA PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PROCEDIMENTO NÃO ELETIVO COPARTICIPAÇÃO IMPOSSIBILIDADE CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITO ABUSIVIDADE RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *A relação estabelecida entre o fornecedor de plano de saúde e seu usuário é típica de consumo, sendo regida pelas normas atinentes ao Código de Defesa do Consumidor e demais legislações pertinentes ao caso.*
>
> ***As cláusulas contratuais do plano de saúde que excluem ou limitam intervenções cirúrgicas, sendo tais procedimentos indispensáveis ao tratamento de doença acometida pelo segurado, são abusivas, bem como expõem o contratante a estado de perigo, o que implica em defeito do negócio jurídico realizado."*** (TJMS; Ap. Cível nº 2011.000952-1; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; Quinta Câmara Cível; j. 31/3/2001). (destacado)

Acerca da matéria, colha-se os seguintes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"PLANO DE SAÚDE - ANGIOPLASTIA CORONARIANA - COLOCAÇÃO DE STENT - POSSIBILIDADE.*
>
> ***- É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de stent, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde."*** (STJ; REsp n. 896247/RJ; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; 3ª Turma; DJ 18.12.2006, p. 399). (Destacamos).
>
> *"CIVIL. PLANO DE SAÚDE. DESPESAS COM 'STENT'.* ***A previsão contratual para a realização do cateterismo contém em si mesma a autorização para o uso dos meios necessários para a efetividade do procedimento.***

Recurso especial conhecido e provido." (STJ; REsp. n. 786283/RJ; Rel.Min. Ari Pargendler; 3ª Turma; DJ 6.11.2007, p. 169). (Destacamos).

"PLANO DE SAÚDE. PROSTATECTOMIA RADICAL. INCONTINÊNCIA URINÁRIA. COLOCAÇÃO DE PRÓTESE: ESFÍNCTER URINÁRIO ARTIFICIAL. 1. ***Se a prótese, no caso o esfíncter urinário artificial, decorre de ato cirúrgico coberto pelo plano, sendo conseqüência possível da cirurgia de extirpação radical da próstata, diante de diagnóstico de câncer localizado, não pode valer a cláusula que proíbe a cobertura.*** *Como se sabe, a prostatectomia radical em diagnóstico de câncer localizado tem finalidade curativa e o tratamento da incontinência urinária, que dela pode decorrer, inclui-se no tratamento coberto, porque ligado ao ato cirúrgico principal. 2. Recurso Especial conhecido e desprovido."* (STJ; REsp nº 519940; SP; Terceira Turma; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; j. 17/6/2003). (destacado)

Frise-se, por fim, que acolher qualquer uma das teses apresentadas pela apelante é decidir em afronta ao princípio da proporcionalidade, estampado de forma implícita na Carta Federal, princípio este que se sobrepõe a qualquer cláusula inserta em um acordo de vontades, pois é fora de dúvida que a vida de um ser humano tem um valor extremamente maior do que uma relação contratual, devendo aquela ser protegida.

Destarte, entendo que agiu com costumeiro acerto o magistrado de primeiro grau ao ter declarado nula a cláusula contratual que veda a cobertura de próteses e órteses necessárias ao sucesso do procedimento cirúrgico indicado pelo médico, com a consequente condenação da recorrente no custeio do implante de tais materiais.

Feitas todas essas considerações, a manutenção da sentença é a medida que se impõe.

Por derradeiro, quanto ao prequestionamento dos dispositivos citados pela recorrente, em suas razões recursais, cuida-se de questões suficientemente debatidas, sobre as quais é desnecessária a manifestação expressa no decisão.

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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

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, MS, 27 de maio de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0071611-54.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COLETIVA – CDC – DEVER DE INFORMAR A EXISTÊNCIA OU NÃO DE GLÚTEN NA EMBALAGEM DO PRODUTO – DANOS MORAIS COLETIVOS NÃO CONFIGURADOS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – ART. 21, *CAPUT*, CPC – RECURSO IMPROVIDO.

Se a lei não obriga os fabricantes de alimentos a constar na embalagem ou rótulo de produtos que possuem glúten a expressão de que *"o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca"*, não cabe ao julgador determinar.

Afasta-se a insurgência de indenização por dano moral coletivo, quando não restar comprovado que algum celíaco tenha sofrido dano em razão da ausência de informação ou da ingestão de produtos fabricados pela recorrida.

Sendo ambas as partes vencida e vencedora, deve ser considerada a sucumbência recíproca, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC.

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, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 20 de maio de 2014.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator.

RELATÓRIO

Des. Paschoal Carmello Leandro.

Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado de Mato Grosso do Sul recorre da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação coletiva de consumo ajuizada em face da Panificadora , Pão Bento Ltda., sustentando, em síntese, que além das expressões "CONTÉM GLÚTEN" ou "NÃO CONTÉM GLÚTEN", há necessidade de fazer constar a advertência: *"o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca"*, tendo em vista que é mais provável que o consumidor sofra danos com a falta de informação do que com o excesso desta. Aduz, outrossim, pela concessão de indenização por danos morais coletivos, por ter colocado em risco a saúde dos consumidores celíacos em decorrência da falta de informação e advertência. Alega, ainda, para que seja excluída a compensação das verbas honorárias.

A apelada, apesar de regularmente intimada, deixou de apresentar as contrarrazões.

À Procuradoria-Geral de Justiça (f. 194-200), opinou pelo improvimento do recurso.

VOTO

Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Trata-se de ação coletiva de consumo ajuizada pela Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado de Mato Grosso do Sul em desfavor da Panificadora Pão Bento Ltda., argumentando, segundo relatório da sentença, que:

> *"a parte ré vem descumprindo determinação legal ao omitir a informação/advertência "contém glúten" ou "não contém glúten" nos seus produtos. Aduz que o glúten, quando ingerido por pessoa portadora da doença celíaca, provoca diversas patologias. Pede a concessão de liminar, a fim de que a parte requerida seja obrigada a inserir em seus produtos a informação "contém glúten – o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca" ou "não contém glúten", sob pena de multa diária. Ao final, pede que a liminar seja tornada definitiva".*

Nos autos em apenso (Processo n. 0022845-33.2001.8.12.0001), a autora pleiteou a condenação da requerida ao pagamento de danos morais coletivos, em valor a ser arbitrado pelo juízo.

O magistrado de instância singela decidiu ambos os processos concomitantemente, julgando procedente a ação coletiva de consumo, a fim de determinar que a ré inclua em seus rótulos, embalagens e publicidade dos produtos por ela fabricados a expressão "contém glúten" ou "não contém glúten". Por outro lado, julgou improcedente a pretensão de indenização por danos morais. Mais adiante, considerando a sucumbência recíproca, condenou ambas as partes a arcarem, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada, com as custas processuais e honorários advocatícios, suspendendo a exigibilidade destas verbas em relação a parte autora, nos termos do art. 18 da Lei n. 7.347/85.

Dessa decisão apela a requerente, sustentando, em suma, que além das expressões "CONTÉM GLÚTEN" ou "NÃO CONTÉM GLÚTEN", há necessidade de fazer constar a advertência: *"o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca"*, tendo em vista que é mais provável que o consumidor sofra danos com a falta de informação do que com o excesso desta. Aduz, outrossim, pela concessão de indenização por danos morais coletivos, por ter colocado em risco a saúde dos consumidores celíacos em decorrência da falta de informação e advertência. Alega, ainda, para que seja excluída a compensação das verbas honorárias.

Como se sabe, o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos, preços etc., de maneira clara e precisa, conforme dispõe o inciso III do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor:

> *"Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:*
>
> *(...)*
>
> *III a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;"*

Esse direito básico do consumidor decorre da soma de dois princípios, quais sejam, o da informação e da transparência, a fim de obrigar o fornecedor dar cabal informação sobre seus produtos e serviços

oferecidos e colocados no mercado, portanto, tenho que é dever da recorrida informar os consumidores sobre a existência de glúten ou não nos produtos que fabrica.

Ademais, vale ressaltar que a Lei n. 10.674/2003, em seu art. 1º, obriga que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca, senão vejamos:

> *"Art. 1º - Todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições "contém Glúten" ou "não contém Glúten", conforme o caso."*

Entretanto, verifica-se que o mencionado dispositivo legal não faz nenhuma menção no sentido de obrigar os fabricantes de alimentos a constar na embalagem ou rótulo de seus produtos que possuem glúten a expressão de que *"o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca"*, logo, não cabe ao julgador determinar.

Desse modo, não merece prosperar a pretensão da recorrente neste ponto, ante a inexistência de previsão legal para tanto.

Melhor sorte não socorre à apelante quanto à indenização por dano moral coletivo, pois, como bem fundamentou o sentenciante, inexiste nos autos qualquer elemento probatório no sentido de que algum celíaco tenha sofrido dano em razão da ausência de informação ou da ingestão de produtos fabricados pela recorrida.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CÍVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DEVER DE INFORMAR – EXISTÊNCIA DE GLÚTEN – DANO MORAL COLETIVO – DANO MORAL COLETIVO NÃO DEMONSTRADO – NÃO CARACTERIZAÇÃO – POSSIBILIDADE DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Nas questões consumeristas, para que exista o dano moral coletivo, "é necessário que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade".* (REsp n. 1221756/RJ Ministro Massami Uyeda).
>
> *"Verificado que a parte autora foi em parte vencedora e vencida, tendo em vista a parcial procedência dos pedidos formulados na exordial, os ônus sucumbenciais serão recíprocos e proporcionalmente distribuídos e compensados entre as parte, conforme consta do artigo 21 do Código de Processo Civil"* (Apelação – N. 0022200-08.2011.8.12.0001 – Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – J. 13/03/2014).

Por derradeiro, considerando que a sentença singular restou inalterada e ambas as partes decaíram em parte do pedido, tenho que resta evidenciada a sucumbência recíproca, devendo a distribuição dos ônus sucumbenciais permanecer nos termos que foram fixados na sentença.

Destarte, nada há no julgado que seja merecedor de reparos, devendo ser mantido intacto por seus próprios fundamentos.

Pelo exposto, com o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

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. Josué de Oliveira.

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, MS, 20 de maio de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0801552-28.2012.8.12.0004 - Amambai
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA – ALEGAÇÃO DE SIMULAÇÃO – "VACA-PAPEL" – PRESCRIÇÃO - ART. 178, § 9º, I, "b", CC/1916 – CONFIGURAÇÃO DE DECADÊNCIA - DIREITO POTESTATIVO - PREJUDICIAL ACOLHIDA - RECURSO DOS EMBARGADOS PROVIDO - RECURSO DOS EMBARGANTES PREJUDICADO.

O art. 178, § 9º, inciso V, alínea "b", do Código Civil de 1916, dispõe que prescreve em quatro anos, a contar do dia da celebração do contrato, a pretensão para anulá-lo ou rescindi-lo sob o argumento de simulação.

Em que pese a redação legal se referir à prescrição da pretensão, sabe-se que as ações anulatórias de negócios jurídicos são, em verdade, alcançadas pela decadência, por se tratar de direito potestativo. Doutrina. Decadência acolhida.

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, em parte com o parecer, acolher a preliminar de decadência e julgar prejudicados os recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 13 de maio de 2014.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator.

RELATÓRIO

Des. Paschoal Carmello Leandro.

Adinei Moraes Pereira e Espólio de Adinar Moraes Pereira interpõem recurso de apelação contra sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Amambai que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução opostos por Ordálio Morais da Silva e Ordália Flores da Silva.

Em suas razões recursais, suscitam, preliminarmente, que a pretensão de anular a escritura pública de arrendamento de gado com garantia hipotecária firmada em 07/11/2000 encontra-se fulminada pela prescrição, nos termos do art. 178, § 9º, inciso V, alínea *b*, do Código Civil de 1916, c/c art. 2.028 do NCC.

No mérito, defendem a não ocorrência de simulação do contrato firmado entre as partes, vez que os embargantes não comprovaram o suposto vício do negócio jurídico, ônus que lhes incumbia na forma do art. 333 do CPC.

Ressaltam que o negócio jurídico foi formalizado via escritura pública que, nos termos do artigo 215 do Código Civil, é dotada de fé pública, razão pela qual não admite presunção em sentido contrário.

Ao final, requerem provimento ao recurso para, reformando a sentença, julgar improcedentes os embargos.

Por sua vez, os embargantes Ordálio Morais da Silva e Ordália Flores da Silva, também interpuseram apelo (f. 248-254) pleiteando a reforma da sentença, para que os embargados sejam condenados à restituição do excesso de valores pagos a título de juros anuais.

Argumentam que foram firmados 03 contratos idênticos e em sequência, referentes aos períodos de 1991-1995, 1995-2000 e 2000-2005, tendo nos dois primeiros avençado juros de 25% ao ano e no terceiro de 20% ao ano. Seguem aduzindo que considerando o limite dos juros legais de 12% ao ano, o excesso pago deve ser restituído.

Apenas os embargados Adinei Moraes Pereira e Espólio de Adinar Moraes Pereira apresentaram contrarrazões, pugnando pelo improvimento do apelo adverso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pelo provimento do recurso de apelação interposto por Adinei Moraes Pereira e Espólio de Adinar Moraes Pereira, acolhendo-se a decadência para o fim de extinguir a ação com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil ou, rejeitada esta, para julgar improcedentes os embargos à execução, mantendo-se a exigibilidade da Escritura Pública de Arrendamento de Gado Bovino com garantia hipotecária firmada em 07/11/2000, e pelo não provimento do apelo interposto Ordálio Morais da Silva e Ordália Flores da Silva.

VOTO

Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Trata-se de dois recursos de apelação interpostos contra a sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Amambai que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução opostos por Ordálio Morais da Silva e Ordália Flores da Silva em face de Adinei Moraes Pereira e Espólio de Adinar Moraes Pereira, para o fim de declarar nulo o contrato de arrendamento (simulação) e reconhecer a existência de dívida no equivalente a 150 vacas aneloradas que deverão ser convertidas em pecúnia na data de 7.11.00 (valor de mercado médio), com abatimento do valor de 41 bezerros (também convertidos em valor na data do pagamento) com acréscimo de juros remuneratórios de 1% ao mês e correção monetária pelo INPC, ambos desde 7.11.00.

Preliminarmente, analisa-se a prejudicial suscitada pelos embargados/apelantes, ao fundamento de que a pretensão de anular a escritura pública de arrendamento de gado com garantia hipotecária firmada em 07/11/2000 encontra-se fulminada pela prescrição, nos termos do art. 178, § 9º, inciso V, alínea *b*, do Código Civil de 1916, c/c art. 2.028 do NCC.

De fato, a prejudicial merece guarida.

Ao que se extrai dos autos, o contrato que dá suporte à execução ora embargada é uma avença de arrendamento rural de gado bovino firmado em 07.11.2000 por Air Moraes Pereira (outorgante arrendadora) e de outro lado Ordálio Moraes da Silva, Ordália Flores da Silva e Dori Moraes da Silva (outorgados arrendatários) (f. 40-41).

Em seus embargos, requerem os embargantes o reconhecimento da anulabilidade do negócio jurídico, ao argumento de ocorrência de simulação de contrato de parceria pecuária (vaca-papel), para encobrir mútuo com cobrança de juros usurários.

O Código Civil de 1916, vigente à época do fato, estabelecia, em seu artigo 178, § 9°, V, "b", o prazo prescricional de quatro anos para ajuizamento de ação anulatória de negócio jurídico supostamente viciado por simulação, senão vejamos:

> *"Art. 178. Prescreve:*
>
> *(...)*
>
> *§ 9º Em quatro anos:*
>
> *(...)*
>
> *V. A ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado este:*
>
> *(...)*
>
> *b) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato;"*

Em que pese a redação legal se referir à prescrição da pretensão, sabe-se que as ações anulatórias de negócios jurídicos são, em verdade, alcançadas pela decadência, como bem salientou o douto representante ministerial, com apoio na doutrina de Flávio Tartuce, *verbis*:

> *"Como a matéria era demais confusa na vigência do Código Civil de 1916, visando esclarecer o assunto, Angelo Amorim Filho concebeu um artigo histórico, em que associou os prazos prescricionais e decadenciais a ações correspondentes, buscando também quais seriam as ações imprescritíveis.*
>
> *Esse brilhante professor paraibano associou a prescrição às ações condenatórias, ou seja, àquelas ações relacionadas com direitos subjetivos, próprio das pretensões pessoais. Desse modo, a prescrição mantém relação com deveres, obrigações e com a responsabilidade decorrente da inobservância das regras ditadas pelas partes ou pela ordem jurídica.*
>
> ***Por outro lado, a decadência está associada a direitos potestativos e às ações constitutivas, sejam elas positivas ou negativas. As ações anulatórias de atos e negócios jurídicos, logicamente têm essa última natureza. [...]***
>
> *Não há menor dúvida de que o Código Civil de 2002 adotou a teoria genial professor paraibano.* (grifo nosso)*"* (*in "*Manual de Direito Civil", Vol. Único, ed. Forense, 2011, p. 242).

Nesta mesma esteira, já decidiu este Colendo Tribunal, em voto de relatoria do eminente Des. Jorge E. da Silva Frias:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL –* ***EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE ARRENDAMENTO PECUÁRIO*** *– EXECUTIVIDADE – CONTRATO BILATERAL QUE REVELA O CUMPRIMENTO DA PRESTAÇÃO TOCANTE AO EXEQÜENTE – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 582, CAPUT, DO CPC –* ***NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO – DECADÊNCIA DA PRETENSÃO À ANULAÇÃO –*** *RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DE SIMULAÇÃO POR QUEM REDIGIU O CONTRATO – MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ MANTIDA – EMBARGOS PROTELATÓRIOS – RECURSO IMPROVIDO.*

> *O contrato de arrendamento pecuário é bilateral, mas se de seus termos se extrai que o arrendatário cumpriu sua obrigação, pode executar a contraprestação contrária, se esta for líqüida, certa e exigível; não se aplicando ao caso o artigo 592, caput, do Código de Processo Civil.*
>
> *A extinção da pretensão à anulação do negócio jurídico simulado (CC de 1916, art. 178, § 9º, inciso V, alínea b) pode ser reconhecida de ofício. O fiador que confessadamente redigiu o contrato, como advogado, não pode alegar vício de simulação* (CC de 1916, art. 104).
>
> *A imposição de multa por litigância de má-fé é mantida, se a prova revela que os embargos à execução foram meramente protelatórios."* (Apelação Cível - Execução - N. 2006.001800-5, 1ª Turma Cível, j. 05.12.2006).

In casu, considerando que se aplicam as normas relativas à decadência, denota-se da Lei Substantiva Civil de 2002 que o prazo decadencial para anulação de negócio jurídico em questão foi reduzido de quatro para dois anos:

> *"Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato."*

Deste modo, considerando-se a entrada em vigor do Novo Código Civil em 11/01/2003, aplica-se a regra de transição do art. 2.028, que dispõe:

> *"Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.".*

Assim, tendo em vista que a novel codificação reduziu o prazo estipulado na lei anterior, bem como que até a sua entrada em vigor já havia transcorrido mais da metade do prazo fixado na lei revogada, ou seja, cerca de dois anos e dois meses (de 07/11/2000 até 11/01/2003), deve-se computar o prazo decadencial de acordo com o art. 178, § 9º, V, "b", do CC/1916, que determina o prazo de quatro anos para ajuizamento da ação anulatória de negócio jurídico.

Aliás, sobre o prazo para propositura da ação cuja pretensão seja de anular contrato por simulação, na égide do Código Civil de 1916, vejamos a jurisprudência deste Tribunal:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PARCERIA PECUÁRIA – SIMULAÇÃO – PRESCRIÇÃO – ANULAÇÃO DO TÍTULO – PRAZO QUADRIENAL E NÃO VINTENÁRIO – REJEITADA – MÉRITO – ILIQUIDEZ DO TÍTULO – NULIDADE DA EXECUÇÃO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – RECURSO PROVIDO.*
>
> *Rejeita-se a prejudicial de prescrição vintenária, por força do que dispõe artigo 178, § 9º, inciso V, alínea "b", do Código Civil de 1916, vigente à época da celebração do contrato, que previa o prazo de quatro anos para ajuizamento de ação anulatória, por vício de simulação.*
>
> *(...)"* (TJMS; Quinta Turma Cível; Apelação Cível n. 2011.016914-0/0000-00; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; 14.7.2011).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – REJEITADA – SIMULAÇÃO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DO RECORRENTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 178, § 9º, INCISO V,*

LETRA B, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O art. 178, § 9º, inciso V, letra b, do Código Civil de 1916 dispõe que prescreve em quatro anos, a contar do dia da celebração do contrato, a pretensão para anulá-lo ou rescindi-lo sob o argumento de simulação." (TJMS; Apelação Cível n. 2005.016910-3, Segunda Turma, Des. Luiz Carlos Santini, j. 10/01/2006).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – CONTRATO DE ARRENDAMENTO DE GADO BOVINO – SIMULAÇÃO – PRESCRIÇÃO – ART. 178, § 9º, I, "b", CC/1916 – CONFIGURAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Nos termos do art. 178, § 9º, inc. V, alínea b, do Código Civil de 1916, é de quatro anos o prazo prescricional para o ingresso com ação anulatória de contrato fundados em vício de consentimento decorrente de simulação ou fraude." (TJMS; Primeira Turma Cível; Apelação Cível n. 2011.013241-1/0000-00; Rel. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves; 8.6.2011).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO – SIMULAÇÃO – VACA-PAPEL – PRESCRIÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Passado o prazo a que alude o artigo 178, § 9º, V, b do Código Civil de 1916, prescrita está a pretensão de anular tais contrato." (TJMS; Terceira Turma Cível; Apelação Cível n. 2006.007334-8/0000-00; Rel. Des. Hamilton Carli; 10.7.2006).

Corroborando esse entendimento, trago a seguinte jurisprudência do STJ:

"Venda e compra/cessão de direitos hereditários. Ação de anular ou rescindir (simulação). Prescrição. Termo inicial. Prescreve em 4 (quatro) anos, contado o prazo, no caso de simulação, do dia em que se realizou o contrato (Cód. Civil, art. 178, § 9º, V). Não se tratando de venda de ascendente para descendente, à espécie não se aplica o princípio das Súmulas 152 e 494/STF. Segundo o art. 165 do Cód. Civil, "A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu herdeiro". Juridicamente, não se renova o prazo." (STJ; REsp 52220/SP; Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER; TERCEIRA TURMA; 04/05/1999).

Desta feita, considerando-se que a celebração do negócio jurídico que se pretende anular data de 07/11/2000, conclui-se que a decadência do intento se extinguiu em 07/11/2004, portanto, muito antes do ajuizamento dos embargos, opostos em 2012.

Assim, o pronunciamento da decadência do direito de anular a Escritura Pública de Arrendamento de Gado Bovino com garantia hipotecária, é medida que se impõe.

Considerando o acolhimento da questão preliminar, resta prejudicada a análise das demais matérias arguidas pelas partes apelantes.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso interposto por Adinei Moraes Pereira e Espólio de Adinar Moraes Pereira e dou-lhe provimento para acolher a prejudicial suscitada, declarando-se a decadência do direito dos embargantes/apelados de anular a Escritura Pública de Arrendamento de Gado Bovino com garantia hipotecária firmada entre as partes, extinguindo-se a demanda na forma do art. 269, IV, do CPC. Em relação à sucumbência, considerando o disposto no art. 22 do CPC ("O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar

o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios."), condeno os embargados ao pagamento das custas a partir do saneamento do processo, sem a incidência de honorários, devendo os embargantes responder pelas custas remanescentes. Prejudicada a análise do recurso de Ordálio Morais da Silva e Ordália Flores da Silva.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, acolheram a preliminar de decadência e julgaram prejudicados os recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

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, MS, 13 de maio de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0101546-43.2006.8.12.0046 - Chapadão do Sul
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – FERRUGEM ASIÁTICA – PERDA DA LAVOURA DE SOJA – ALEGAÇÃO DE INEFICÁCIA DO FUNGICIDA – NÃO COMPROVAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Ausente nos autos provas de que a quebra na safra da lavoura de soja do autor se deu em decorrência de defeito no fungicida produzido pela demandada para o combate de ferrugem asiática, ou pela falta de assistência técnica quanto à aplicação do produto, ônus do qual a parte demandante não se desincumbiu, nos termos exigidos pelo art. 333, I, do CPC, não há falar em danos materiais nem morais passíveis de indenização.

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, 24 de junho de 2014.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator.

RELATÓRIO

Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Herbert Walter Schalatter contra a sentença que julgou improcedente a ação de indenização ajuizada em face Iharabras S.A. Indústrias Químicas.

O apelante alega, em síntese, que:

> *"(...) configurada a presença da fornecedora (requerida), do consumidor (autor) e da relação (compra de adubo), inquestionável é a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, posto que o autor era o destinatário final do adubo que adquiriu junto à requerida* (f. 509).
>
> *O Laudo de ocorrência técnica lavrado por engenheiro agrônomo e datado de 30 de agosto de 2006, após o final da safra, deixa claramente evidenciado o prejuízo experimentado pelo recorrente* (f. 517).
>
> *Ora, assim, mesmo que não existisse nenhum documento demonstrando a redução da produtividade na área tratada com o fungicida Celeiro, a prova testemunhal deixou claramente evidenciada tal ocorrência* (f. 517).

> *Portanto, diante da inquestionável aplicabilidade do CDC ao caso em tela e diante da prova documental e testemunhal produzida nos autos, restou, ao contrário do afirmado pela sentença, claramente demonstrado direito do autor em ser indenizado pelos prejuízos que sofreu em razão da imprestabilidade do produto Celeiro controle da ferrugem asiática* (f. 520)."

Por fim, requer o provimento do recurso.

A empresa apelada, devidamente intimada, apresentou as contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso (f. 525-541).

VOTO

Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator).

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Herbert Walter Schalatter contra a sentença que julgou improcedente a ação de indenização ajuizada em face Iharabras S.A. Indústrias Químicas.

A sentença, naquilo que interessa à solução da lide, foi vertida nos seguintes moldes:

> *"(...) alega o autor que é agricultor e em razão dos riscos da doença fúngica denominada Ferrugem Asiática, adquiriu em 6 de janeiro de 2006, a quantia de 696 litros de Flutriafo, fungicida fabricado pela requerida sob o nome comercial de Celeiro. Sustenta que em decorrência da frustração da previsão de colheita requerendo a procedência da ação com a condenação da requerida ao pagamento de danos materiais e morais no valor de R$ 564.932,00.*
>
> *(...)*
>
> *No caso em apreço, cabia ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, conforme prevê o art. 333, I, inciso I, do CPC.*
>
> *O autor colacionou aos autos documentação de dá conta de que o produto Celeiro da requerida, efetuando duas aplicações do mesmo, por via aérea (avião).*
>
> *No tocante ao fato de que referido produto foi ineficiente ocasionando prejuízo de aproximadamente 12.180 sacos de 60 kg de soja em grãos, apresentou somente o laudo de ocorrência técnica de f. 28, sem no entanto apresentar qualquer documentação quanto ao relatório final de safra, como o apresentado para outra área, conforme f. 41/42.*
>
> *Não há nos autos laudos de vistoria realizados na época da safra, que possam comprovar a alegada obediência do autor às recomendações técnicas do produto (f. 121/122) ou ainda se o momento da aplicação foi prévio ou para controle após a instalação do fungo. Sendo o prejuízo previsto pelo autor já em 03 de fevereiro de 2006 (f. 25), poderia o mesmo ter se valido da produção antecipada de provas, de modo a sustentar a sua pretensão.*
>
> *Ora, os laudos juntados aos autos foram unilateralmente produzidos pelo autor e, ainda assim, conforme argumentado pela parte requerida, não mencionam a data de plantio da lavoura ou a fase em que se deu a primeira aplicação. Deve-se registrar que diferentemente do alegado pelo autor, os documentos de f. 23 e 24 atestam aplicação do produto ao final do mês de janeiro, sendo mais de um mês da primeira aplicação com o produto Domark (16/12/2005), conforme documentado pelo próprio autor.*

Ademais, conforme documento de f. 25/30 a primeira aplicação na área se deu com produto e outra fabricante(Domark), diferente do contestado produto da requerida.

Não há que se falar em indenização em razão de inefetividade do produto da empresa requerida, quando comprovadamente foram utilizados dois produtos diferentes na área em questão.

Nesse contexto, não há nos autos elementos que possam comprovar a inefetividade do produto adquirido, impondo-se, por conseguinte, o não reconhecimento do pedido de indenização.

(...)

O que está provado, é incontroverso e quiça notório, é que na época dos fatos todo o Estado, em suas regiões agrícolas, sofreu com a "ferrugem", que evidentemente afetou a produtividade.

Nesses termos, configurada a carência de provas acerca do alegado, não se afigurando segura a existência do nexo causal, com a conseqüente imposição do dever de indenizar, impõe-se o julgamento de improcedência dos pedidos do autor.

O pedido de indenização por danos morais, pelos mesmos fundamentos, também não merece guarida.

Diante do exposto, com fundamento no art. 269, inciso I do Código de Processo Civil, julgo improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em prol do patrono da requerida, fixados estes em R$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do artigo 20,§ 4º do CPC. (f. 497-502)."

O autor ora apelante insurge-se contra a noticiada sentença, alegando que as provas colacionadas aos autos demonstram com plena convicção que os prejuízos em sua lavoura ocorreram por conta da aplicação do herbicida Celeiro fornecido pela apelada.

O recurso não merece provimento.

Anoto, por primeiro, que o Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento no sentido de que "no contrato de compra e venda de insumos agrícolas, o produtor rural não pode ser considerado destinatário final, razão pela qual, nesses casos, não incide o Código de Defesa do Consumidor".[1]

Assim, "ausente a relação de consumo, torna-se inaplicável a inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do art. 6º, do CDC, a qual, mesmo nas relações de consumo, não é automática ou compulsória, pois depende de criteriosa análise do julgador a fim de preservar o contraditório e oferecer à parte contrária oportunidade de provar fatos que afastem o alegado contra si"[2].

No caso, analisando o conjunto probatório contido nos autos, constata-se que não prospera o pedido de indenização formulado pelo autor ora apelante, porquanto mesmo que se admita que tenha experimentado o ora apelante a alegada frustração da lavoura, consistente na colheita inferior àquela inicialmente prevista, não existe nos autos prova que aponte que tal redução tenha decorrido da aplicação do herbicida fornecido pela ora apelada.

1 AgRg no AREsp86.914/GO, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 28/6/2012.

2 Recurso Especial Nº 1.381.181 - MT (2011/0230244-6) Relator : Ministro Paulo de Tarso Sanseverino 29.4.2014.

Outrossim, por mais que tenha produzido várias provas nos autos, as mesmas revelam-se insuficientes para a procedência do pedido, como, aliás, bem observou o magistrado de piso, Veja-se:

> *"(...) Ora, os laudos juntados aos autos foram unilateralmente produzidos pelo autor e, ainda assim, conforme argumentado pela parte requerida, não mencionam a data de plantio da lavoura ou a fase em que se deu a primeira aplicação. Deve-se registrar que diferentemente do alegado pelo autor, os documentos de f. 23 e 24 atestam aplicação do produto ao final do mês de janeiro, sendo mais de um mês da primeira aplicação com o produto Domark (16/12/2005), conforme documentado pelo próprio autor.*
>
> *Ademais, conforme documento de f. 25/30 a primeira aplicação na área se deu com produto e outra fabricante (Domark), diferente do contestado produto da requerida.*
>
> *Não há que se falar em indenização em razão de inefetividade do produto da empresa requerida, quando comprovadamente foram utilizados dois produtos diferentes na área em questão.*
>
> *Nesse contexto, não há nos autos elementos que possam comprovar a inefetividade do produto adquirido, impondo-se, por conseguinte, o não reconhecimento do pedido de indenização.*
>
> *No caso dos autos, não há provas de que eventual baixa na produtividade tenha ocorrido em decorrência de inefetividade do produto em questão, que são pressupostos essenciais da responsabilidade civil.*
>
> *Nem mesmo as testemunhas arroladas pelo autor e ouvidas às f. 467-469 comprovaram os fatos neste sentido. Ora, um decreto condenatório não pode fundamentar-se em conjecturas ou provas deficientes, mas tão somente em elementos capazes de demonstrar a veracidade dos argumentos expendidos pelas partes* (f. 500-501).

Outrossim, é cediço que o sucesso de uma plantação de soja ou de qualquer outra lavoura depende da incidência de vários fatores, tais como condições climáticas, qualidade de semente, adubação e da qualidade da própria terra.

Assim, ausente nos autos provas de que a quebra na safra da lavoura de soja do autor foi causada por defeito no fungicida produzido pela demandada para o combate de ferrugem asiática e tampouco pela falta de assistência técnica quanto à aplicação do referido produto, ônus do qual a parte demandante não se desincumbiu, nos termos exigidos pelo art. 333, I, do CPC, não há falar em danos materiais nem morais passíveis de indenização.

A propósito, eis a jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C NULIDADE DE DÍVIDA. RESPONSABILIDADE CIVIL Frustração de safra atribuída à utilização de fungicida - Ausência de prova do nexo causal. Existindo dúvida de que os danos alegados pelo autor tenham sido causados pela aplicação do fungicida 'stratego' e não por causa alheia, como condições climáticas ou outros fatores da natureza, não há que se falar em dever de indenizar.[3]"*

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto, mantendo intacta a sentença ora combatida.

3 TJ-MG; APCV 0032980-32.2005.8.13.0569; Sacramento; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Valdez Leite Machado; Julg. 01/09/2011; DJEMG 03/11/2011

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. Divoncir Schreiner Maran.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 24 de junho de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0800267-16.2013.8.12.0052/50000 - Anastácio
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VEÍCULO DADO EM GARANTIA – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – INADIMPLÊNCIA – AJUIZAMENTO DE BUSCA E APREENSÃO – LIMINAR CONCEDIDA – PURGAÇÃO DA MORA NÃO COMPROVADA – VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO – DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Nega-se provimento a agravo regimental que não demonstra a injustiça ou o desacerto da decisão recorrida.

Recurso conhecido e não provido.

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, 15 de abril de 2014.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Cuida-se de agravo regimental interposto por Rodrigo Roda Echeverria contra decisão monocrática proferida nos autos da apelação cível manejada nos autos da ação indenizatória por danos morais com pedido de tutela antecipada ajuizada em desfavor do Banco Finasa S.A.

O agravante, em síntese, sustenta que:

> *Ocorre Excelência, que a recorrida nunca acatou a determinação judicial, para apresentar a planilha de débito do recorrente, e pior de maneira displicente sem autorização judicial, alienou o bem para terceira pessoa (documentos em anexo). O recorrente tinha a intenção de adimplir com o pagamento do bem, tanto que pugnou pela consignação em pagamento. Contudo, a empresa-requerida resolveu alienar o bem, causando danos materiais e morais ao autor (f. 2).*
>
> *Conforme descrito na peça inicial e documentos acostados, verifica-se a recorrida vendeu a motocicleta sem possuir autorização judicial e, antes de a sentença transitar em julgado, impossibilitando que o recorrente efetuasse o pagamento das parcelas em aberto (f. 2).*

Deve-se destacar que o recorrente continuou efetuando o pagamento do carnê, somente não mais o fazendo em virtude da venda da motocicleta de forma arbitrária e ilegal (f. 3).

No presente caso, não deve-se discutir a suposta mora do recorrente, pois esta deu-se única e exclusivamente por culpa da requerida, a qual recusou-se a efetuar a apresentação da planilha de débitos para que o recorrente pudesse efetuar o pagamento (f. 4).

Ao final, requer "(...) caso não haja retratação, que se digne conhecer o prover o presente recurso, de maneira a encaminhar o feito à Câmara, e, por conseguinte, dar provimento ao recurso oposto julgando procedente o pedido autoral, com a consequente reforma da decisão singular, para que se declare a inexistência de qualquer vínculo entre o cadastro do autor e o contrato objeto desta demanda, uma vez que com a venda do veículo inexiste o objeto do contrato firmado, bem como para que seja a recorrida condenada ao pagamento de danos morais e materiais, nos termos da peça inicial" (f. 5).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se, como relatado, de agravo regimental interposto por Rodrigo Roda Echeverria contra decisão monocrática proferida nos autos da apelação cível manejada nos autos da ação indenizatória por danos morais com pedido de tutela antecipada ajuizada em desfavor do Banco Finasa S.A.

A decisão atacada tem a seguinte dicção:

(...)

A ação de busca e apreensão, regulada pelo Decreto-Lei n. 911/1969, com as alterações da Lei n. 10.934/2004, estabelece procedimento judicial próprio para a recuperação do bem alienado fiduciariamente em caso de inadimplemento do devedor. A propósito, dispõem os arts. 2° e 3° da citada norma que:

Art 2º. No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

(...)

Art 3º. O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

§ 1°. Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciário.

§ 2°. No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.

(...).

No caso dos autos, extrai-se que o crédito obtido no contrato de financiamento firmado foi utilizado pelo ora apelante na aquisição de uma moto, que foi alienada fiduciariamente ao credor fiduciário. Assim, o comprador assumiu a obrigação de pagar o valor financiado, instituindo como garantia do pagamento o gravame fiduciário, em caso de inadimplemento.

Nos termos da norma legal aplicável ao caso, apreendido o bem por intermédio da ação especial de busca e apreensão (art. 3°, do DL 911/1969), ao devedor fiduciante é dado o prazo de cinco dias para purgar a mora (§ 2°), caso contrário, consolidar-se-á a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem ao patrimônio do credor fiduciário (§ 1°), que poderá operar a venda da coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, para amortização do débito existente (art. 2°), permanecendo a responsabilidade do devedor por eventual débito remanescente.

Deste modo, tem-se que o único meio do devedor impedir que o credor se consolide na posse do bem dado em garantia é através da purgação da mora, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.

Este, aliás, é o entendimento jurisprudencial pátrio. Veja-se:

AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE CRÉDITO C.C DANO MORAL. FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA INADIMPLÊNCIA. BUSCA E APREENSÃO DO VEÍCULO. ADMISSIBILIDADE. Uma vez apreendido o bem por intermédio da ação especial de busca e apreensão (art. 3 o do Dec. Lei nº 911/69), consolidar-se-á a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem ao patrimônio do credor fiduciário (§ Io), com a venda extrajudicial do bem para amortização do débito existente (art. 2º), permanecendo a responsabilidade do devedor fiduciante por eventual débito remanescente. Recurso improvido.[1]

Com efeito, sustenta o autor, ora apelante, em sua inicial, que requereu a purgação da mora ao oferecer resposta nos autos da ação de busca e apreensão que lhe moveu o banco apelado, quando foi surpreendido com a informação de que o credor havia vendido o veículo, razão pela qual requer a reparação dos danos morais que alega ter sofrido.

Todavia, compulsando-se os autos, verifica-se que em nenhum momento tal alegação restou devidamente comprovada, limitando-se o apelante em afirmar que não purgou a mora por não ter recebido do banco uma "(...) planilha de débito para que o recorrente efetuasse o pagamento, uma vez que já havia vendido a motocicleta de maneira irregular. Pois quando o recorrente purgasse a mora, a recorrida deveria devolver o bem, o qual já estava vendido" (f. 112), alegação esta que, a toda evidência, não se presta a comprovar o afirmado.

Cediço que no ordenamento jurídico brasileiro existe regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em síntese, cabe-lhe o ônus da prova dos fatos alegados como existentes.

Sobre o tema, Ernane Fidélis dos Santos preleciona que:

A regra que impera mesmo em processo é a de que "quem alega o fato deve prová-lo". O fato será constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, não

1 TJSP; APL 1199732-3; Ac. 3434136; Santo André; 14ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Alexandrino Ablas; Julg. 10/12/2008; DJESP 05/02/2009.

importando a posição das partes no processo. Desde que haja a afirmação da existência ou inexistência de fato, de onde se extrai situação, circunstância ou direito a favorecer a quem alega, dele é o ônus da prova.[2]

Vale ressaltar que, devidamente intimado a especificar as provas que iria produzir (f. 94), o autor respondeu que não pretendia produzi-las, deixando evidenciado seu desinteresse em comprovar o alegado, não havendo, portanto, falar em cerceamento de defesa.

Desta feita, não havendo o devedor purgado a mora, conclui-se que inexiste óbice à venda do veículo apreendido, dado em garantia fiduciária do contrato de mútuo, constituindo-se o ato em exercício regular de direito, não sujeito ao acolhimento do pedido indenizatório.

Neste sentido, trago a colação o seguinte precedente:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO C.C. DANOS MORAIS. ART. 2º, CAPUT, DO DECRETO-LEI Nº 911/69. VENDA DE VEÍCULO EM LEILÃO. AUSÊNCIA DE SALDO EM FAVOR DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO FINANCIADO, EM DECORRÊNCIA DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. 1. O art. 2º, caput, do Decreto-Lei nº 911/69, prevê que "no caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver". 1.1. Como no caso dos autos, o valor alcançado com a venda do veículo em leilão não superou o próprio valor da dívida, não há de se falar em direito à restituição pelo devedor. 2. O ajuizamento de ação de busca e apreensão de veículo financiado, em razão de inadimplemento contratual, constitui exercício regular do direito à prestação jurisdicional, não ensejando, por conseguinte, a possibilidade de acolhimento de pedido de indenização por danos morais. 3. Recurso conhecido e desprovido.[3]

Ante o exposto, forte no caput, do art. 557 do CPC, nego seguimento ao recurso de apelação cível, mantendo intacta a sentença combatida.

Reexaminei os autos em razão da interposição do presente regimental e não me convenci da necessidade de modificar o posicionamento que adotei ao decidir monocraticamente o recurso em questão.

Aliás, diante de caso análogo, tive oportunidade de ementar que:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. VENDA DO BEM A TERCEIRO SEM ANUÊNCIA DO CREDOR FIDUCIÁRIO. INADIMPLEMENTO DAS PARCELAS. RETIRADA DO NOME DO DEVEDOR E DO AVALISTA DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Não se pode tolher o direito do credor fiduciário de ajuizamento da ação de busca e apreensão, bem como a decorrente inserção de restrição do nome dos devedores. Recurso conhecido e não provido.[4]

2 Manual de Direito Processual Civil; Editora Saraiva; 3ª Edição; p. 380.

3 TJDF; Rec. 2008.01.1.048470-6; Ac. 458.966; Quinta Turma Cível; Rel. Des. João Egmont; DJDFTE 05/11/2010; Pág. 188.

4 Agravo Regimental em Agravo n. 2010.036713-8/0001-00, Relator: Des. Sérgio Fernandes Martins, 1ª Turma Cível, D.J: 30.2012.

Repise-se que, no caso, devidamente intimado para especificar as provas que pretendia produzir (f. 94), o autor, ora agravante, respondeu que abria mão da providência, deixando evidenciado seu desinteresse em ratificar o alegado, não havendo, portanto, falar em cerceamento de defesa.

Destarte, não tendo o recorrente trazido argumentos capazes de alterar a decisão monocrática atacada, deve ser a mesma mantida por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, conheço do presente agravo regimental, 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. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 15 de abril de 2014.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4011951-59.2013.8.12.0000 - Pedro Gomes
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO JUDICIAL - PENHORA DE 30% SOBRE O VALOR DA REMUNERAÇÃO PARA PAGAMENTO DE DÍVIDA FISCAL - ILEGALIDADE - CPC. ART. 649, IV - SEGURANÇA CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

É manifestamente ilegal a decisão judicial que determina a penhora de parte de remuneração para pagamento de dívida fiscal.

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, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o 1º Vogal.

Campo Grande, 5 de maio de 2014.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Saner Paulo de Oliveira Farias em face de ato do Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Pedro Gomes.

Assevera o impetrante, em apertada síntese, ser ilegal e abusiva a decisão judicial que determinou a penhora de 30% de seus vencimentos brutos.

Requer, assim, a concessão dos benefícios da justiça gratuita, o deferimento de liminar e, ao final, a concessão da segurança para cassar o ato apontado como coator.

Embora tenha sido indeferida a inicial do presente writ (f. 26-27), referida decisão foi reformada pelo Colegiado, que afastou o entendimento de ter ocorrido a decadência (f. 29-34).

A liminar foi deferida às f. 36-37.

A autoridade coatora apresentou informações à f. 43.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator).

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Saner Paulo de Oliveira Farias em face de ato do Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Pedro Gomes, ato esse consistente em decisão judicial que determinou penhora de 30% sobre a remuneração do impetrante.

Concedo a segurança.

Ocorre que a decisão judicial apontada como ato coator, a qual determinou a penhora de 30% da remuneração do impetrante para pagamento de execução fiscal (f. 15), a toda evidência é ilegal, na medida em que foi proferida em completo desacordo com o que dispõe o inciso IV do artigo 649 do Código de Processo Civil, a seguir transcrito:

> *"Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:*
>
> *[...]*
>
> *IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;"*
>
> *Sobre o assunto, veja-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:*
>
> *"RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTO. SÚMULA 267 DO STF NÃO APLICÁVEL. TERATOLOGIA. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. Não tendo sido a impetrante intimada da decisão judicial que ordenara a penhora mensal de 30% de seus vencimentos, não obsta à impetração - meses após a prolação do ato impugnado, quando do início dos descontos em folha de pagamento - do mandado de segurança a Súmula 267 do STF.*
>
> *2. Hipótese, ademais, em que a teratologia da decisão impugnada justifica o abrandamento da regra restritiva ao cabimento do mandado de segurança. A impenhorabilidade de vencimentos é regra legal expressa no art. 649, IV, do CPC. Penhora, ato de constrição patrimonial forçado, não se confunde com o ato voluntário de contrair empréstimo, com taxa de juros mais favorecida, mediante a consignação em folha de pagamento de desconto no limite admitido em lei. No caso, o ato impugnado, em frontal ofensa à lei, determinou a penhora mensal de 30% do salário diretamente na folha pagadora.*
>
> *Sequer foi levado em consideração que a margem consignável já estava comprometida com o desconto de empréstimos contratados pela impetrante.*
>
> *3. Recurso ordinário provido.[1]"*
>
> *"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO JUDICIAL QUE AUTORIZA A PENHORA SOBRE 15% DA PENSÃO DO DEVEDOR. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 649, IV, DO CPC. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.*
>
> *1. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra decisão judicial que deferiu a penhora de 15% da pensão recebida pela ora recorrente, que responde a execução forçada ante o descumprimento do dever de indenizar o dano moral fixado em*

1 RMS 37.990/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 03/02/2014

sentença. Insurge-se a recorrente contra decisão do Tribunal a quo, que entendeu viável a constrição determinada pelo juízo de primeiro grau.

2. A pensão está protegida da expropriação forçada por se tratar de verba de natureza alimentar, razão pela qual está acobertada pela cláusula da impenhorabilidade que preceitua o art. 649, IV, do CPC, ressalvado apenas o caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia, conforme a disciplina estabelecida pelo § 2º do mesmo dispositivo. Precedentes.

3. In casu, a execução origina-se de ação indenizatória na qual a impetrante fora condenada a reparar danos morais, crédito esse que, apesar de absolutamente legítimo e devido pela recorrente, não ostenta natureza alimentar e, portanto, não autoriza excepcionar a impenhorabilidade prevista em lei.

4. Recurso ordinário provido.[2]*"*

Ante o exposto, com o parecer, concedo a segurança para tornar insubsistente a decisão judicial apontada como coatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o 1º Vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 05 de maio de 2014.

***

2 RMS 39.308/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 04/10/2013

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0035665-84.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – AGRAVO RETIDO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR ERRO MÉDICO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – REQUISITOS VERIFICADOS – POSSIBILIDADE – CONHECIDO E IMPROVIDO. Verificada a verossimilhança das alegações contidas na inicial, bem como a hipossuficiência do autor em relação à parte requerida, é possível a inversão do ônus da prova.

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR ERRO MÉDICO – PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL – CONDUTA LESIVA, DANO, NEXO CAUSAL E CULPA – FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A responsabilidade civil por erro médico depende da verificação da conduta lesiva, dano, nexo de causalidade entre eles e culpa. O dano e a conduta, além de robustamente evidenciados, não foram especificamente impugnados. 2. Verifica-se a culpa no insucesso de procedimento cirúrgico em razão de intercorrências médicas previsíveis e evitáveis (perfuração de bexiga decorrente de histerectomia total), bem assim em razão da falta de informação e atendimento pós-operatório adequado. 3. Se os danos causados (dor moral decorrente de complicações médicas) decorrem diretamente da conduta do ofensor (erro médico) tem-se por caracterizado nexo de causalidade. 4. O valor da indenização a título de danos morais deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso concreto, tais como o grau de culpa, a lesividade do ato e o nível socioeconômico das partes, e obsta o enriquecimento sem causa do ofendido, deve ser mantido, em consonância com esses parâmetros. Arbitra-se em R$ 30.000,00 a indenização para a hipótese de danos decorrentes de erro médico na realização de histerectomia com perfuração da bexiga da paciente, com necessidade de realização de nova cirurgia. 7. Reformada a sentença, inverte-se os ônus da sucumbência, com a fixação da verba honorária em 15% sobre o valor da condenação, observado o disposto no art. 20, § 3º, do CPC.

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 agravo retido, afastar as preliminares e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de abril de 2014.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Evacir Terezinha Rodrigues de Oliveira, irresignada com a sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que move contra Geroni Werhoiser de Oliveira e Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul, que julgou improcedente a pretensão inicial, interpõe recurso

de apelação. Sustenta que o Juízo da causa valorou mal a prova coligida aos autos, além de analisar a questão alusiva à responsabilidade civil apenas sob o enfoque do erro de procedimento, quando a pretensão inicial escora-se também na (1) omissão no dever de informação e (2) negligência no pós operatório. Prossegue aduzindo que a negligência no pós operatório estaria amplamente demonstrada na prova testemunhal e pericial constante dos autos e culminou, inclusive, na necessidade de procurar outro médico. Reafirma a existência do dano moral, evidenciado na angústia e sofrimento experimentados em decorrência dos fatos narrados na inicial (fístula na bexiga e incontinência urinária logo após a realização de procedimento cirúrgico para a retirada do útero, ovários e tubos de falópio – histerectomia total). Alega, ainda, suficiente e claramente evidenciado o nexo de causalidade, pois a patologia mencionada tem como causa direta a realização do procedimento cirúrgico. Noutro ponto, alega, ainda, falha do dever de informar, pois não recebeu informação alguma sobre o tipo de procedimento a ser realizado, método, riscos e benefícios dele decorrentes. Derradeiramente, invoca a teoria da perda da chance, concluindo que a conduta dos apelados, além de causar os danos narrados, impediu sua rápida recuperação. Requer o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos deduzidos na inicial.

Geroni Werhoiser de Oliveira apresentou contrarrazões, arguindo, preliminarmente, o conhecimento do agravo retido interposto contra decisão que inverteu o ônus da prova. Ainda em sede de preliminar, alega que o recurso não pode ser conhecido por ofensa ao princípio da dialeticidade. Argui, ainda, preliminar de não conhecimento do recurso quanto aos capítulos alusivos à negligência do pós operatório e à teoria da perda de uma chance, posto que não analisadas pelo Juízo da causa. No mérito, pugna pelo improvimento do recurso (f. 589-613).

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul também oferceu resposta pugnando pelo improvimento do apelo (f. 618-621).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Segundo narrativa constante dos autos, Evacir Terezinha Rodrigues de Oliveira ajuizou Ação de Indenização por Danos Morais contra a médica Geroni Werhoiser de Oliveira e contra a Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul, alegando ter submetido-se a histerectomia total realizado pela primeira requerida. Aduziu que experimentou intercorrências no pós-operatório e, não sendo atendida pela médica, procurou outro profissional, que diagnosticou a existência de perfuração na bexiga e fístula vesico-vaginal, levando a incontinência urinária, sendo submetida a um novo procedimento cirúrgico. Alega ter experimentado danos de ordem moral em razão dos erros cometidos pela primeira apelada, respondendo a segunda apelada solidariamente.

O Juízo de primeiro grau entendeu não caracterizada a responsabilidade civil, por inexistir culpa e nexo de causalidade entre a conduta da médica e os danos alegados, concluindo pela improcedência do pleito indenizatório.

Insurge-se a autora alegando que a responsabilidade civil escora-se, também, na falta omissão no dever de informação e negligência no pós operatório, temas que não foram sequer analisados em primeiro grau de jurisdição. Alega suficientemente comprovados os requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil. Invoca, ainda, a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Agravo retido.

Geroni Werhoiser de Oliveira agrava da decisão que inverteu os ônus da prova, alegando que a responsabilidade civil do médico seria subjetiva, nos termos do art. 951 do Código Civil, c/c art. 14, § 4º,

do CDC. Aduz, ainda, inexistir verossimilhança nas alegações autorais, pois não seria plausível a tese de perfuração da bexiga durante o ato cirúrgico. Requereu, assim, o provimento do recurso para o fim de reformar a decisão que inverteu os ônus da prova.

Entendo que não assiste razão à agravante.

Consignou o Juízo de primeira instância que essa medida estaria autorizada, conquanto presentes a verossimilhança das alegações contidas na inicial e a hipossuficiência do ofendido.

Nesse norte, dispõe o art. 6º, VIII, do CDC, o seguinte:

> *"São direitos básicos do consumidor:*
>
> *VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências."*

Em que pese o inconformismo manifestado pela recorrente, a verossimilhança das alegações contidas na inicial é inarredável. A pretensão exordial está escorada no argumento de que a perfuração na sua bexiga decorreria do ato cirúrgico a que se submeteu. Nesse sentido, os documentos acostados aos autos demonstram, à saciedade, que a recorrida foi submetida a procedimento cirúrgico para retirada do útero, ovários e tubo de falópio (hiterectomia) e logo depois foi diagnosticada com a perfuração da bexiga, submetendo-se a nova cirurgia. Esses fatos, aliás, são incontroversos, alegando a defesa, entre outros argumentos, ausência de culpa.

Verossimilhança nas alegações, portanto, existe.

No que concerne à hipossuficiência do paciente, tem-se, igualmente por inarredável, além de sequer ter sido impugnada. Com efeito, o médico detém conhecimentos técnicos especializados para a realização de procedimentos cirúrgicos, ao passo que o paciente ostenta parcas condições financeiras e formação intelectual que não lhe permite contestar, sem o auxílio de outro profissional, compreender as técnicas utilizadas na realização do ato cirúrgico.

A inversão do ônus da prova, portanto, é medida que se impõe.

Vale destacar, ademais, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento no sentido de que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento:

> *"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - 2º GRAU DE JURISDIÇÃO - POSSIBILIDADE - CRITÉRIO DE JULGAMENTO. Sendo a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, plenamente possível seja decretada em 2º grau de jurisdição, não implicando esse momento da inversão em cerceamento de defesa para nenhuma das partes, ainda mais ao se atentar para as peculiaridades do caso concreto, em que se faz necessária a inversão do ônus da prova diante da patente hipossuficiência técnica da consumidora que não possui nem mesmo a documentação referente ao contrato de seguro. Agravo regimental improvido."* (AgRg nos EDcl no Ag 977.795/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 13/10/2008).

Posto isso, conheço do recurso de agravo retido e nego-lhe provimento, mantendo inalterados os termos da decisão objurgada.

Apelação.

Preliminar de não conhecimento por ofensa ao princípio da dialeticidade.

A apelada Geroni Werhoiser de Oliveira argui em contrarrazões preliminar de não conhecimento do recurso, por falta de dialeticidade.

Razão não lhe assiste. Recurso dialético é aquele que admite a perfeita compreensão do inconformismo do recorrente, permitindo ao Juízo *"ad quem", ainda,* delimitar o âmbito de devolutividade com vistas à reforma do julgado.

No caso em tela, a apelante expôs de forma clara as razões pelas quais entende que não deve prevalecer a sentença proferida pelo juízo "a quo", ainda que apenas reafirmando os termos e fundamentos veiculados na inicial.

Diante de tais circunstâncias, a rejeição da preliminar de ofensa à dialeticidade é medida que se impõe.

Preliminar de não conhecimento de capítulos recursais por não analisados em primeiro grau de jurisdição.

Sustenta a recorrente, em outra vertente, que os capítulos recursais alusivos a "negligência do pós operatório" e à "teoria da perda de uma chance" não foram analisadas pelo Juízo da causa, pelo que não poderiam ser conhecidas por este juízo ad quem, sob pena de supressão de instância.

A arguição não merece prosperar, a toda evidência, pois não é necessário que o Juízo da causa analise as questões suscitadas em primeiro grau de jurisdição para abrir ao interessado a via recursal, conforme disposição expressa contida no Código de Processo Civil:

> *"Art. 515 - A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.*
>
> *§ 1º - Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro."*

Registre-se, por oportuno, a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"Mesmo que a sentença não tenha apreciado todas as questões suscitadas e discutidas pelas partes, interessados e MP no no processo, o recurso de apelação transfere o exame destas questões ao tribunal. Não por força do efeito devolutivo, que exige comportamento ativo do recorrente (princípio dispositivo), mas em virtude do efeito translativo do recurso."* (CPC Comentado, 10ª ed., RT, 2007, p. 857)

Ademais, por força do princípio da adstrição, o juiz está limitado à matéria de fato alegada em juízo, mas não à matéria de direito (princípio do *iura novit curia*).

À luz destas considerações, rejeito a arguição.

Mérito.

Trata-se de responsabilidade civil por erro médico, em que se exige, para o seu reconhecimento, a verificação de conduta lesiva, dano, nexo de causalidade entre eles e culpa.

No que se refere a culpa médica, por oportuno, cito a lição de Miguel Kfouri Neto:

> *"Admitida a conceituação de culpa médica como desvio ou inobservância dos padrões normais de conduta, deve-se firmar qual seria esse modelo idealizado, para a delimitação dos critérios de atuação do médico. O profissional da medicina deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com o desempenho que seria razoável esperar-se de um médico prudente, naquelas mesmas circunstâncias. Aplicam-se aos médicos os indicadores que medem e graduam a culpa em geral."* (Culpa Médica e Ônus da Prova. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 35).

Vale registrar, por oportuno, que houve inversão do ônus da prova, em decisão ratificada por este Colegiado, na análise do agravo retido. Dessarte, competia aos recorridos o ônus de provar a inexistência do fatos alegados pela autora, na inicial, ressalvada a prova diabólica, inadmitida pelo ordenamento mesmo no caso das relações de consumo.

Assentadas essas premissas, tem-se por incontroversa a conduta causadora dos danos, identificada na realização de procedimento cirúrgico (histerectomia total). O dano, igualmente, não foi especificamente impugnado pelos recorridos, além de firme e claramente evidenciado no elenco probatório constante dos autos. Nesse ponto, alegou a recorrente ter experimentado fortes sentimentos de angústia, dor, medo e baixa auto-estima em razão das consequencias da perfuração da bexiga, incontinência urinária e necessidade de submeter-se a novo ato cirúrgico.

Resta aferir a existência do *nexo de causalidade* entre eles e a *culpa*. No concerne a este último, é preciso questionar se o médico agiu de forma compatível com as circunstâncias do caso.

Como é sabido, a atividade profissional do médico é de meio e não de resultado, de forma que não há como garantir sempre resultado satisfatório em tratamento qualquer.

Todavia, de ser frisada a previsibilidade da ocorrência das complicações pós operatórias, conforme se infere do laudo pericial. Se isso é verdade, embora não se possa exigir do médico o sucesso do resultado (por tratar-se de atividade-meio), espera-se do médico a adoção de medidas capazes de prevenir essas intercorrências.

No caso versado nos autos, entendo inarredável tanto o nexo de causalidade quanto a culpa do médico, pois os danos alegados na inicial (sentimento de dor, sofrimento, medo etc.) decorrem diretamente de intercorrências esperadas, previsíveis da realização de ato cirúrgico. A recorrente submeteu-se a procedimento de histectomia total (remoção do útero, ovários e tubos de falópio) no dia 18 de novembro de 2010. Dias depois foi constatada a perfuração da bexiga da paciente, que se submeteu a novo ato cirúrgico, agora de natureza reparadora, realizada no dia 10 de dezembro de 2010.

Alegaram as apeladas a inexistência do nexo de causalidade sob o argumento de que a perfuração poderia ter causas diversas, entretanto, não indicaram tampouco comprovaram qual seria essa causa, sendo, por outro lado, bastante plausível a alegação inicial, no sentido de que a perfuração ocorreu durante o ato cirúrgico.

A culpa, por outro lado, está claramente destacada no resultado desastroso do procedimento, que não se confunde com resultado indesejado ou simples insucesso. Repita-se, não se exige do médico o sucesso do procedimento, mas que não cause danos esperados, previsíveis e evitáveis, fora, portanto, dos riscos aceitáveis do procedimento. Ocorrido o fato lesivo previsível e evitável, está evidenciada a culpa.

Essa circunstância assemelha-se a do advogado que perde prazo recursal. É um risco inerente ao exercício da advocacia no processo judicial, mas previsível e evitável. O advogado, assim como o

médico, não pode assegurar o sucesso do seu trabalho, mas age com culpa se o insucesso decorre da sua falta de diligência.

Em caso semelhante, assim decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> *"DANO MORAL. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO. CULPA. NEGLIGÊNCIA. MÉDICO. ATENDIMENTO INDEVIDO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUANTUM.* ***Provada a culpa do médico que atua sem a diligência devida no atendimento de gestante de risco, deve o mesmo responder por dano moral causado a seus familiares em razão do óbito da mesma, visto que, seu falecimento poderia ter sido evitado caso houvesse sido atendida com maior cautela.*** *O magistrado não é obrigado a se ater exclusivamente ao laudo pericial, podendo, das provas carreadas aos autos, deduzir pela verossimilhança das alegações do autor, utilizando-se, ainda, da experiência comum, e da observação do que ordinariamente ocorre no mundo. Deve o médico atender todo e qualquer paciente, da rede pública ou não, com o maior cuidado possível, utilizando-se de todos os meios disponíveis para lhes preservar a vida, devendo considerar, com atenção, as circunstâncias peculiares de cada caso. A responsabilidade civil do hospital no qual ocorre erro médico encontra-se pacificada no Direito Brasileiro, caracterizando-se independentemente da existência de culpa, em razão da legislação de proteção ao consumidor. O dano moral alcança valores ideais importantes, assim como o sofrimento psicológico e sentimental. Assim, o valor a ser fixado a esse título deverá ser de tal ordem, que provoque no causador do dano certo abalo financeiro, de sorte que seja advertido a ter mais cautelas no futuro."* (TJMG; AC 1.0145.04.141528-5/001; Juiz de Fora; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Desig. Des. Darcio Lopardi Mendes; Julg. 31/05/2006; DJMG 11/07/2006) (destaquei).

Não bastassem esses fatos, restaram evidenciados nos autos também falhas de atendimento na fase pós-operatória. Com efeito, reconhece a médica apelada que se recusou a atender a apelante no domingo, dia 3 de dezembro de 2010, em razão de atendimento emergencial, fato cuja prova não sobreveio aos autos, propondo-se a atende-la somente no dia seguinte.

Merece destaque, ainda, a falta de informações à paciente quanto ao pós-operatório, sendo notadamente imprestável, para tanto, cópia do contrato de prestação de serviços.

Esses fatos, robustamente evidenciados, reforçam o reconhecimento da culpa, tendo em vista especialmente o dever anexo ao princípio da boa-fé objetiva, consistente no dever de informação, norma positivada também no art. 6º, III, do CDC.

Inafastável, portanto, a responsabilidade civil das apeladas, de onde se extrai o dever de indenizar, impondo-se, em consequência, a reforma da sentença recorrida.

Resolvida essa questão, passo ao exame do pedido de indenização por danos morais, que encontra guarida no art. 186 do Código Civil: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*. (destaquei).

A doutrina de Caio Mário da Silva Pereira[1] a respeito do tema em comento diz o seguinte:

> *"O fundamento da reparabilidade pelo dano moral, está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como `qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária', e*

1 Responsabilidade Civil, Ed. Forense, p. 54

> *abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc. (Traité de la Responsabilité Civile, vol. II, n. 525)"*

No caso contido nestes autos, certamente que se está diante de dano moral puro, plenamente indenizável, porque indenizável é a dor sofrida pela apelante, que em razão da negligência da médica, experimentou grave sentimentos de dor, contrangimento, medo e desamparo, justamente em momento de maior vulnerabilidade, qual seja a fase de pós-operatória. Não se pode negar que a indenização em dinheiro, desvinculada do dano patrimonial, não trará a alegria do convívio familiar, mas certamente aliviará os seus tormentos e sofrimentos.

A jurisprudência tem entendido a respeito da indenização por dano moral que:

> *"A reparação do dano moral através de uma indenização que não é reparação do pretium doloris. Ela é uma reparação satisfatória. Menos que um benefício para o ofendido do que um castigo para quem o ofendeu levianamente. A função satisfatória da indenização deve ser estimada em dinheiro".*[2]

Com relação ao valor da indenização, a doutrina e jurisprudência são acordes em que a reparação do dano moral faz-se à parte dos danos patrimoniais e deve compensar a dor ou o sofrimento causado, procedendo-se ao pagamento de determinada soma às vítimas, quantificada mediante *"arbitruim boni viri"* do juiz, tendo-se em vista as posses do ofensor e a situação do ofendido.

Confira-se o entendimento esposado pelo Des. Walter Moraes, na Apelação Cível n. 113.190 , 2ª C., RT 650/66:

> *"O dano moral não se avalia mediante cálculo matemático-econômico das repercussões patrimoniais negativas da violação – como se tem feito às vezes – porque tal cálculo já seria a busca exatamente do minus ou do detrimento patrimonial, ainda que por aproximativa estimação. E tudo isso já está previsto na esfera obrigacional da indenização por dano propriamente dito (CC, art. 1553). A reparação pecuniária pelo dano moral, descartada já a impossibilidade de qualquer equiponderância de valores, tem outro sentido como anota Windscheid acatando posição de Wachter: compensar uma sensação de dor da vítima com uma sensação agradável em contrário (nota 31 ao § 455, das Pandette, trad. Fadda e Bensa). Assim, tal paga em dinheiro, deve representar para a vítima uma satisfação igualmente moral ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou 'anestesiar' em alguma parte o sofrimento impingido; como diz Roberto Brebbia (El Daño Moral, p. 28) 'uma soma de dinheiro ao danificado para que este possa proporcionar-se uma satisfação equivalente ao desassossego sofrido', pois 'o dano moral (diz noutro ponto) compreende a estimação dos padecimentos, o temor pelas conseqüências definitivas ou transitórias do dano emergente".*

Na quantificação da reparação do dano moral, se há, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, de observar a atividade, a condição social e econômica do ofendido, além da capacidade do ofensor em suportar o encargo. Assim como se há de considerar seu poder de inibição, ou seja, seu caráter preventivo e punitivo, a desencorajar reincidências do ofensor no violar bem e direito de outrem.

Ainda, segundo lição de Caio Mário da Silva Pereira:

> *"A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma* ***soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso,*** *e*

2 RT 613/184

> *tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva."*[3] (destaquei).

Dadas as circunstâncias, em sendo certo que o valor a ser arbitrado não pode ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento do apelante e redução à miserabilidade dos apelados, nem tão pequeno que se torne inexpressivo, uma vez que não há base em qualquer diploma legal que venha a estabelecer os limites e quantitativos para a indenização por dano moral, o *quantum* a ser fixado deve ser capaz de amenizar a dor e compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido.

No caso em tela, observadas as condições econômicas das ofensoras e ofendida e as circunstâncias do fato, tenho que a indenização pelo dano moral deve ser mantido no montante fixado pela juíza da causa, qual seja, R$ 30.000,00, a ser solidariamente suportada pelas recorridas.

Esse montante deverá ser corrigido pelo IGPM desde a deste julgamento, nos termos da súmula 362 do STJ, e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, desde a data do evento danoso (dezembro de 2010), em conformidade com a súmula 54 do STJ.

Em razão desse desiderato, devem ser invertidos os ônus de sucumbência, devendo os apelados suportar o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que merecem ser arbitrados em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Posto isso, amparado nos fundamentos expostos, conheço e nego provimento ao agravo retido interposto por Geroni Werhoiser de Oliveira. Noutro passo, conheço do recurso de apelação interposto por Evacir Terezinha Rodrigues de Oliveira e dou-lhe provimento para o fim de reformar a sentença e julgar procedente a pretensão inicial, condenado solidariamente as requeridas, ora recorridas, ao pagamento de indenização por danos morais, que arbitro em R$ 30.000,00, corrigidos pelo IGPM desde a data deste julgamento e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, desde a data do evento danoso (dezembro de 2010). Condeno-as, ainda, ao pagamento das despesas processuais (inclusive aquelas adiantadas) e honorários advocatícios, que arbitro em 15% do valor da condenação, sopesados que foram os parâmetros do art. 20, § 3º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao agravo retido, afastaram as preliminares e, no mérito, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 10 de abril de 2014.

***

3 *ob. cit.*, p. 60

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800325-03.2012.8.12.0004 - Amambai
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO, C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – DESCONTO EM FOLHA – LIMITAÇÃO EM 30% DO VALOR DO BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA – APLICAÇÃO DA LEI N. 10.820/2003 – RETENÇÃO DE VERBA DESTINADA À SUBSISTÊNCIA PRÓPRIA - ATO ILÍCITO CONFIGURADO – DANO MORAL EVIDENCIADO - DEVER DE INDENIZAR – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Os descontos relativos a empréstimos consignados, conforme dispõe a Lei n. 10.820/2003 e precedentes deste Tribunal e do STJ, devem ser limitados em 30% dos vencimentos do valor do benefício percebido pelo contratante, dado o caráter alimentar de tal verba. 2. A retenção da aposentadoria além do limite legal, para fins de amortização de empréstimo consignado, enseja dano moral, por ofensa à dignidade da pessoa humana, tendo em vista a verba ser destinada à própria subsistência do contratante. 3. Deve ser mantido o valor dos honorários advocatícios quando fixados de acordo com os parâmetros elencados no art. 20, § 3º, do CPC, bem como pautado na razoabilidade e proporcionabilidade.

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, 5 de junho de 2014.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Banco Bradesco S/A interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais e Anulação de Negócio Jurídico que lhe move Neuza de Jesus Moreira de Souza, na qual foi julgado parcialmente procedentes os pedidos para o fim de limitar os descontos em folha a 30% do salário mínimo; indeferir a restituição simples ou em dobro dos valores já quitados, bem como condenar o requerido no pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 6.000,00. Sustenta a legalidade da retenção dos salários para quitação dos débitos, devendo ser afastada a limitação de 30% de benefício, eis que deve prevalecer as regras contratuais firmadas pelas partes. Afirma, ainda, que todos os descontos alegados como indevidos são justificáveis e, portanto, devidos. Quanto aos danos morais, defende o descabimento dada a ausência de comprovação, vez que a simples negativação nos órgãos de proteção ao crédito não enseja dano moral. Além disso, entende que o valor arbitrado é

desproporcional e desarrazoado, levando em conta as condições financeiras das partes, gravidade e extensão da lesão e a manutenção da situação tida como danosa. Defende que o julgador singelo baseou-se quase que exclusivamente na punição do recorrente. Por fim, aduz que os honorários advocatícios de sucumbência são exagerados, devendo ser reduzidos. Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, com a reforma da sentença para manter os descontos dos empréstimos firmados entre as partes e, alternativamente, afastar a condenação em danos morais, ou reduzir o valor da indenização, bem como reduzir os honorários advocatícios de sucumbência.

Contrarrazões pelo improvimento (f. 102-105). O Banco Bradesco Financiamento requereu a juntada de documentos comprovando o cumprimento da obrigação referente à limitação dos descontos a 30% da margem consignável da recorrida (f. 106-110).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Banco Bradesco S/A interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais e Anulação de Negócio Jurídico que lhe move Neuza de Jesus Moreira de Souza, objetivando sua reforma.

A apelada propôs a presente ação, pleiteando a limitação de 30% dos descontos do benefício previdenciário que recebe mensalmente, bem como indenização por danos materiais, consistente na devolução em dobro dos valores descontados acima do limite legal, além de danos morais equivalente a 50 salários mínimos.

O juízo *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos para o fim de: a) limitar os descontos em folha a 30% do salário mínimo, em observância ao disposto no art. 6º, § 6º, da Lei n. 10.820/2003, b) indeferir o pedido de devolução simples ou em dobro dos descontos indevidos e para c) condenar o banco no pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 6.000,00.

Inconformado, o Banco Bradesco S/A interpôs recurso de apelação, sustentando: a) a legalidade da retenção dos salários para quitação dos débitos, devendo ser afastada a limitação de 30% de benefício, eis que deve prevalecer as regras contratuais firmadas pelas partes; b) que todos os descontos alegados como indevidos são justificáveis e, portanto, devidos; c) quanto aos danos morais, defende o descabimento dada a ausência de comprovação, vez que a simples negativação nos órgãos de proteção ao crédito não enseja dano moral; d) que o valor arbitrado é desproporcional e desarrazoado levando em conta as condições financeiras das partes, gravidade e extensão da lesão e a manutenção da situação tida como danosa; e) que o julgador singelo baseou-se quase que exclusivamente na punição do recorrente; f) que os honorários advocatícios de sucumbência são exagerados, devendo ser reduzidos.

O recurso não merece provimento.

Compulsando detidamente o caderno processual, conclui-se que restou incontroverso que a apelada em setembro de 2010 contratou empréstimo com o apelante no valor de R$ 4.700,00, em 60 parcelas de R$ 152,76 cada e que em julho de 2011 contraiu novo empréstimo para saldar o primeiro, agora no valor de R$ 4.950,00, em 60 parcelas de R$ 160,18 cada (f. 18), ambos para débito em conta.

Na sequência, examinando extrato da conta corrente da apelada (f. 20-26), constata-se que aufere remuneração bruta de 1 (um) salário mínimo mensal e comparando com os valores descontados diretamente em sua folha de pagamento, verifica-se que os descontos em favor do apelante ultrapassam mais da metade

de toda sua renda, de forma a prejudicar sua sobrevivência, ferindo, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, o que não pode ser aceito.

A Lei n. 10.820/2003, que "*Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento!"*, possibilita que instituições financeiras retenham valores referentes a pagamentos de empréstimos, limitada, entretanto, a 30% do valor do benefício, *in verbis*:

> *"Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º desta Lei, bem como autorizar, de forma irrevogável e irretratável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS.*
>
> *§ 5º Os descontos e as retenções mencionados no caput deste artigo não poderão ultrapassar o limite de 30% (trinta por cento) do valor dos benefícios."*

A jurisprudência deste Tribunal é assente nesse sentido, consoante julgados que trago à colação:

> *"RECURSOS DE APELAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – DESCONTO EM FOLHA – POSSIBILIDADE – LIMITAÇÃO EM 30% DOS RENDIMENTOS BRUTOS – PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL E DO STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – PEDIDOS ALTERNATIVOS – RECURSOS IMPROVIDOS. Os descontos relativos a empréstimos consignados, conforme precedentes deste Tribunal e do STJ, devem ser limitados em 30% dos vencimentos brutos percebidos pelo contratante, considerando o caráter alimentar de tal verba. A improcedência de um dos pedidos cumulados sucessivamente, ou seja, não sendo acolhido o pedido principal, mas sendo julgado procedente o pedido sucessivo, acarreta a sucumbência recíproca entre as partes."* (0812772-66.2011.8.12.0001, Apelação, Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Comarca: Campo Grande, Órgão julgador: 4ª Câmara Cível, Data do julgamento: 01/04/2014, Data de registro: 07/04/2014).

E ainda,

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA - REQUISITOS PRESENTES - DESCONTO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO - POSSIBILIDADE - LIMITAÇÃO A 30% DOS RENDIMENTOS BRUTOS DO SERVIDOR PÚBLICO - DECISÃO SINGULAR - REFORMADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE. Presentes os requisitos do fumus boni iuris e periculum in mora deve ser concedida a tutela antecipada para reduzir o valor dos descontos em folha de pagamento a 30% dos vencimentos brutos percebidos pelo agravante, excluídas as deduções relativas à previdência social e ao imposto de renda."* (Agravo - N. 2012.011094-4/0000-00 - Campo Grande, Segunda Câmara Cível, Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Publicação: 28/05/2012, Nº Diário: 2657).

Nesse sentido, é flagrante que o total dos descontos compromete a subsistência da apelada. Ademais, entendo que o princípio da autonomia da vontade não pode prevalecer a ponto de forçar a apelada a aceitar cumprimento de contrato que venha a comprometer sua subsistência, nada impedindo que, neste caso, o apelante se utilize das medidas que entender necessárias para o recebimento de seu crédito.

Por outro lado, não se pode negar que o apelante também sabia que os descontos não poderiam comprometer o salário da apelada acima do limite estabelecido em lei, não podendo agora invocar o princípio da autonomia contratual apenas em seu benefício, já que o contrato foi celebrado em contrariedade às normas regulamentares.

Assim, devido ao caráter alimentar do salário, levando em conta o princípio da razoabilidade e ainda diante da preservação do mínimo existencial, em consonância com o princípio da dignidade humana, o Superior Tribunal de Justiça mantém o entendimento de que os descontos em folha de pagamento devem ser limitados a 30% da remuneração bruta da parte. Confira-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RETENÇÃO. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO. CRÉDITO CONSIGNADO. CONTRATO DE MÚTUO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DA MARGEM DE CONSIGNAÇÃO A 30% DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. SUPERENDIVIDAMENTO. PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Possibilidade de afastamento da regra do art. 542, § 3º, do CPC, apenas se demonstrada a viabilidade do recurso especial ("fumus boni iuris") e o perigo de que, com a sua retenção, sobrevenha dano irreparável ou de difícil reparação ao recorrente ("periculum in mora"). 2. Validade da cláusula autorizadora do desconto em folha de pagamento das prestações do contrato de empréstimo, não configurando ofensa ao art. 649 do Código de Processo Civil,* ***3. Os descontos, todavia, não podem ultrapassar 30% (trinta por cento) da remuneração percebida pelo devedor. 4. Preservação do mínimo existencial, em consonância com o princípio da dignidade humana.*** *5. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ. 6. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO."* (AgRg no REsp 1206956/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 22/10/2012) destaquei.

> *"AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO - DÉBITO EM CONTA CORRENTE - LIMITAÇÃO DO DESCONTO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. I 'Ante a natureza alimentar do salário e do princípio da razoabilidade, os empréstimos com desconto em folha de pagamento (consignação facultativa/voluntária) devem limitar-se a 30% (trinta por cento) dos vencimentos do trabalhador'* (REsp 1.186.965/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 03.02.2011). *II - O Agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo Regimental improvido"* (STJ, AgRg no Ag 1381307/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011).

Destarte, deve ser mantida a sentença que julgou procedente o pedido inicial, impondo a limitação dos descontos em folha de pagamento em 30% da remuneração bruta da apelada, consoante prevê a legislação citada.

No que tange ao dano moral, ao contrário do que defende o banco apelante, no caso em específico é possível vislumbrar em sua conduta a ocorrência de ato ilícito ou lesivo à imagem da apelada.

De fato, se considerarmos que o valor descontado indevidamente tem como origem a aposentadoria da apelada, cujo montante equivale a 1 (um) salário mínimo, e que, segundo a Constituição Federal, este valor destinar-se-ia às despesas com moradia, alimentação, saúde, lazer, vestuário e higiene (art. 7º), não restam dúvidas de que aludido desconto ensejou na redução de suas necessidades básicas e, consequentemente, em ofensa à dignidade humana.

Vale observar que o valor descontado tinha por objeto garantir, em parte, a subsistência da apelada.

Em relação à matéria o STJ já se posicionou:

> *"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - CUMULAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS ORIUNDOS DO MESMO FATO - POSSIBILIDADE - SÚMULA 37/STJ - DEFEITO APRESENTADO EM BEM DE PRIMEIRA UTILIDADE (FOGÃO) - GRANDE ESPAÇO DE TEMPO (6 MESES) ENTRE A COMUNICAÇÃO DO DEFEITO AO FORNECEDOR E A SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO - CONDIÇÃO PECULIAR DA VÍTIMA (POBRE) - REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS - CABIMENTO - ADEMAIS, AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 283 DA SÚMULA/STF - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO... II -* ***Na aferição da ocorrência ou não do dano moral, é necessária uma análise minuciosa das condições nas quais se deram as ofensas à moral, à boa-fé ou à dignidade da vítima, bem como das conseqüências do fato para a sua vida pessoal, tendo em vista que cada pessoa é detentora de uma situação peculiar no meio social****; III - Bem delineada a moldura fática pelas Instâncias ordinárias, veja-se que* ***a situação tratada nos autos não pode ser classificada como mero aborrecimento ou mera conseqüência de descumprimento contratual, dado o enorme espaço de tempo (6 meses) entre a comunicação do defeito ao supermercado recorrente e a troca do produto, bem como as condições pessoais da vítima e a imprescindibilidade do bem por ela adquirido (fogão), sendo devida, pois, a reparação por danos morais; IV - Ademais, a ausência de impugnação, pelo recorrente, dos fundamentos do v. acórdão, atrai o óbice do Enunciado n. 283/STF****; V - O dissídio jurisprudencial não foi devidamente demonstrado, porquanto não há cotejo analítico e tampouco similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma colacionado pelo recorrente; VI - Recurso especial improvido."* (REsp 1002801/DF, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 04/05/2010, DJe 14/05/2010) destaquei.

Ante a semelhança do julgado com o presente caso, confira parte do voto proferido pelo Relator Ministro Massami Uyeda:

> *"Partindo dessa premissa inicial, não se olvida que os danos morais surgem em decorrência de um ato ilícito, que venha a causar fortes sentimentos negativos em qualquer pessoa de senso comum, tais como vexame, constrangimento, humilhação, dor, sendo que, havendo simples transtorno ou aborrecimento e estando ausente uma situação que produza no consumidor abalo da honra ou sofrimento na esfera de sua dignidade, não há falar em condenação por danos morais. Nesse sentido:* REsp 628.854/ES, relator Ministro Castro Filho, DJ de 18.06.2007; e REsp 625.478/MA, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 6.3.2006.
>
> *Do mesmo modo, não cabe dano moral em caso de mero descumprimento contratual. A propósito: AgRg no REsp 761.801/RS, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 12.12.2007.* ***Contudo, na aferição da ocorrência ou não do dano moral, é necessária uma análise minuciosa das condições nas quais se deram as ofensas à moral, à boa-fé ou à dignidade da vítima, bem como das conseqüências do fato para a sua vida pessoal, tendo em vista que cada pessoa é detentora de uma situação peculiar no meio social. Dessa forma, em muitos casos, pode ocorrer de um mesmo fato causar simples transtorno ou aborrecimento para determinada vítima, e, ao revés, constrangimento, humilhação ou dor para outra vítima que possui condições pessoais diferentes****." destaquei*

Com efeito, se a apelada percebe do INSS aposentadoria equivalente a 1 (um) salário mínimo mensal, não restam dúvidas de que o desconto não autorizado de qualquer valor trará sérias repercussões em sua vida cotidiana, com imposição de limitação à sua alimentação, saúde, lazer, vestuário e higiene, direitos estes inerentes à qualquer pessoa e garantido pela nossa Carta Magna.

Partindo desta premissa, ressaltado o caso peculiar, considero como devida a indenização por danos morais ora pleiteada, por estar indiretamente demonstrada a lesividade à dignidade do ofendido.

Por fim, aduz o apelante que os honorários advocatícios de sucumbência são exagerados, devendo ser reduzidos.

O juízo *a quo* fixou os honorários de sucumbência em 15% sobre o valor da condenação pelos danos morais. Assim, levando em consideração que a indenização por danos morais foi fixada em R$ 6.000,00, 15% desse valor alcança o montante de R$ 900,00, quantia que não reputo exagerada para remunerar os procuradores da autora, mormente levando em consideração os requisitos elencados no art. 20, § 3º, do CPC, tais como o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Assim, considerando que os honorários advocatícios foram fixados de acordo com os regramentos legais e ainda pautado na razoabilidade e proporcionalidade, deve ser mantido o valor.

Posto isto, conheço e nego provimento ao recurso de apelação manejado pela instituição financeira, devendo ser mantida a sentença em todos os seus termos e efeitos.

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. 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, 05 de junho de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0803109-08.2012.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ABATIMENTO, C/C RESTITUIÇÃO DE PREÇO – IMÓVEIS RURAIS – VENDA *AD MENSURAM* – VERIFICAÇÃO DE ÁREA MENOR – DECADÊNCIA – AFASTADA – LAUDO TÉCNICO DE GEORREFERENCIAMENTO – MEDIÇÃO DE ÁREA – NÃO CONTRAPOSTA – RECURSO IMPROVIDO.

O prazo decadencial para propor a ação *quanti minoris* é de um ano a contar do registro do respectivo título, nos termos do art. 501 do Código Civil. É regra básica da hermenêutica jurídica no sentido de que as normas relativas a perda de direito pela decadência devem ser interpretadas restritivamente, não comportando interpretação extensiva. Se a parte não se desincumbe de contrapor a prova apresentada, consoante dispõe o art. 333, II, do CPC, limitando-se ao campo das argumentações, a procedência do pedido é medida que se impõe.

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 a prejudicial e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 15 de maio de 2014.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Jaime Castilho e Eudite Lazara de Melo apelam da sentença que julgou procedente o pedido contido nos autos da Ação de Abatimento, c/c Restituição do Preço, que lhe moveu Mahal Empreendimentos e Participações S/A, declarando quitado o contrato e condenando-lhe a devolver R$ 91.358,54. Alegam que decorreu o prazo de decadência previsto no art. 501 do Código Civil para a apelada pleitear a restituição de valores. Citam que inexiste prova de que o georreferenciamento esteja correto, pois elaborado unilateralmente, sem a presença do contraditório e sem respaldo do INCRA. Pedem o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, julgando o pedido feito na ação totalmente improcedente.

Em contrarrazões, o apelado manifestou-se pelo improvimento do recurso (f. 251-259).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Jaime Castilho e Eudite Lazara de Melo apelam da sentença que julgou procedente o pedido contido nos autos da Ação de Abatimento, c/c Restituição do Preço, que lhe move Mahal Empreendimentos e

Participações S/A, declarando quitado o contrato e condenando-lhe a devolver R$ 91.358,54. Alegam que decorreu o prazo de decadência previsto no art. 501 do Código Civil para a apelada pleitear a restituição de valores. Citam que inexiste prova de que o georreferenciamento esteja correto, pois elaborado unilateralmente, sem a presença do contraditório e sem respaldo do INCRA. Pedem o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, julgando o pedido feito na ação totalmente improcedente.

Pelo que se vislumbra dos autos, as partes firmaram em 18/12/2009 Escritura Púbica de Compra e Venda de dois imóveis rurais, denominados Fazenda Ponte Nova, com 575,73,95 has., matrícula nº 12.710, e uma Gleba de Terras identificada como Areias ou Ponte Nova, com área de 48,40 ha., com *cláusula ad mensuram*, na qual as partes se responsabilizam pela diferença de existência de áreas maiores ou menores, convencionando previamente o valor de R$ 11.000,00 por alqueire ou R$ 4.545,45 por hectare.

Posteriormente, em 08/11/2010, os autores/apelados procederam com a realização de Georreferenciamento dos Imóveis Rurais (f.59-99) citados, no qual restou constatado uma diferença de área a menor, tendo em vista que o imóvel matriculado sob o nº 12710 tem, na verdade, área de 470,3927 has., e o imóvel registrado sob o nº 5.225 área de 51,2379 has, que somados totalizam uma área de 521,6306 ha, resultando na diferença de 102,5089 has de área inexistente.

O apelante levanta preliminar de decadência para a apelada pleitear a restituição de valores.

Cumpre esclarecer que uma vez descoberto vício de extensão no contrato de compra e venda firmado com cláusula ad mensuram, surge para o comprador o direito de obter abatimento no preço, mantendo a posse sobre o bem, por meio de ação estimatória, também denominada *quanti minoris.*[1]

A propósito, dispõem os artigos 500 e 501 do Código Civil, respectivamente, que:

> *"Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço.*
>
> *§ 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio.*
>
> *§ 2º Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso.*
>
> *§ 3º Não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresso, ter sido a venda ad corpus.*
>
> *Art. 501. Decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano, a contar do registro do título.*
>
> *Parágrafo único. Se houver atraso na imissão de posse no imóvel, atribuível ao alienante, a partir dela fluirá o prazo de decadência."*

1 Nelson Rosenvald.*Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*, 8 ed. Rev. E atual. – Barueri, SP: Manole, 2014, p. 528.

Nesse passo, o prazo decadencial de um ano para propor a ação *quanti minoris* flui a contar do registro do título.

In casu, somente há prova do registro da escritura pública de compra e venda na matrícula do menor imóvel sob nº 5.225, comprado como se tivesse área de 48,40 ha, e após o georreferenciamento constatou área de 51,2379 ha, portanto, área a maior, logo, não tendo faltado área quanto a esse imóvel, único onde houve registro, sequer há interesse do autor em reclamar diferença de área, mas tão somente abater a área excedente deste imóvel com a área faltante do imóvel sob matrícula nº 12.710.

E no que tange ao imóvel de matrícula nº 12.710 não há nos autos prova do registro do título em nome dos autores, sendo que as próprias partes afirmam que o registro ainda não se efetivou, daí que em virtude disso nem teve início eventual prazo decandencial.

Reitera-se, não tendo havido o registro da escritura de compra e venda na matrícula do imóvel onde faltou área (no outro sobrou área), não há falar em marco inicial do prazo decadencial previsto no art. 501 do Código Civil para propor a ação edilícia.

Sobre o tema a jurisprudência já decidiu:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRETENSÃO DE DEVOLUÇÃO DE EXCESSO DE ÁREA VENDIDA – INAPLICABILIDADE DAS NORMAS RELATIVAS A VÍCIO REDIBITÓRIO – DECADÊNCIA AFASTADA – TERMO INICIAL DO PRAZO – REGISTRO DA VENDA – ART. 501, DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO IMPROVIDO. Se a pretensão esboçada é de reclamação do excesso de área observado pelo vendedor do imóvel objeto da lide, inaplicável ao caso as normas que regem os vícios redibitórios. Ao estipular no art. 501, do CC/2002 o prazo decadencial de um ano, o legislador não previu a culpa da ausência de registro como hipótese de impedimento do curso da decadência. Não tendo havido o registro, não há falar em início do prazo decadencial para a ação prevista no § 2º, do art. 500, do CC/2002. As normas relativas à perda de direito pela decadência devem ser interpretadas restritivamente. Precedentes do STJ. Recurso improvido."* (Agravo - N. 2011.035250-1/0000-00 - Três Lagoas, Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Quarta Câmara Cível, Julgado em 7.2.2012).

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. INADEQUAÇÃO DA AÇÃO PROPOSTA. VENDA AD MENSURAM. ÁREA INFERIOR A ADQUIRIDA. AÇÃO EX EMPTO. DECADÊNCIA. A ação destinada à busca da complementação da área adquirida, em contrato de compra e venda, denomina-se ação ex empto, prevista no artigo 500 do novo código civil. O prazo para a propositura desta ação é decadencial e de um ano, questão que não mais comporta discussão, pois, no novo CCB foi expressamente prevista. art. 501 CC."* (TJRS, Apelação Cível Nº 70044554103, Relatora DRA. ELAINE MARIA CANTO DA FONSECA).

> *"RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE DIREITOS DE POSSE DE IMÓVEL RURAL - RECONVENÇÃO - ALEGAÇÃO DE QUE A EXTENSÃO TERRITORIAL NÃO CORRESPONDE AO PREVISTO NO AJUSTE - PEDIDO DE ABATIMENTO PROPORCIONAL DO PREÇO - NATUREZA DE AÇÃO QUANTI MINORIS - PRAZO DECADENCIAL DE UM ANO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 500 E 501 DO CÓDIGO CIVIL - RECONVENÇÃO EXTINTA NOS TERMOS DO ARTIGO 269, IV, DO CPC – AÇÃO DE COBRANÇA - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - REJEITADA - MÉRITO - DIFERENÇA DA ÁREA ENCONTRADA SUPERIOR A 1/20 DO TOTAL DECLARADA PELO ALIENANTE NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA - VENDA EFETIVADA NA MODALIDADE AD CORPUS - LIMITES E CONFRONTAÇÕES DO IMÓVEL BEM ESPECIFICADOS - MEDIÇÃO APROXIMADA - ABATIMENTO DO PREÇO - IMPOSSIBILIDADE -*

> *INCIDÊNCIA DO § 3º, DO ARTIGO 500, DO CÓDIGO CIVIL - INADIMPLEMENTO CARACTERIZADO -COMPRADOR QUE DEVE EFETUAR O PAGAMENTO INTEGRAL DO VALOR ESTIPULADO ENTRE OS LITIGANTES - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. O prazo decadencial para o exercício da pretensão de abatimento proporcional do preço, na hipótese de as medidas do imóvel não corresponderem àquelas descritas no instrumento contratual é de 01 (um ano), conforme previsto nos artigos 500 e 501, do Código Civil. De acordo com o artigo 501 do Código Civil, decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano, a contar do registro do título. No caso, considerando que o objeto do contrato de compra e venda circunscreve-se ao direito de posse sobre o imóvel rural, não sujeito a registro, o termo a quo do prazo decadencial deve corresponder ao dia em que o Apelante foi imitido na posse do bem. Decadênciaoperada. Deve ser rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa se o Magistrado já dispunha de elementos que entendeu suficientes para formar sua convicção baseada nos fatos narrados e da documentação acostada. Conforme dispõe o § 3º, do artigo 500, do Código Civil, não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresso, ter sido a venda ad corpus. Na hipótese, as provas colacionadas ao caderno processual demonstram, indene de dúvida, que a venda ocorreu na modalidade ad corpus, vez que a intenção do Apelante era adquirir o imóvel rural conforme as divisas e estado do bem por ele conhecidos. A indicação expressa da extensão do imóvel, isoladamente considerada, não tem o condão de caracterizar a venda ad mensuram, notadamente se levado em conta que o contrato fez menção aproximada da área." (*TJMT, Apelação Cível n. 0000265-48.2009.8.11.0052-91370/2012, Relatora Desa. Clarice Claudino da Silva, Julgamento 27/03/2013).

Nesse passo, não se pode considerar para efeitos de contagem de prazo decadencial, numa interpretação extensiva, como quer a recorrente, que a data (30/03/2010) do registro do imóvel nº 5.225 (onde sobrou área) também incida sobre o imóvel não registrado.

É regra básica da hermenêutica jurídica no sentido de que as normas relativas a perda de um direito pela decadência devem ser interpretadas restritivamente, não comportando interpretação extensiva, motivo pelo qual a alegação de decadência deve ser afastada.

A respeito o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

> *"DIREITO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE CONHECIMENTO – SEGURO – INDENIZAÇÃO – PRESCRIÇÃO – SUSPENSÃO – SÚMULA Nº 229 DO STJ – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – IMPOSSIBILIDADE – REGRA DE HERMENÊUTICA – (...) Segundo regra básica de hermenêutica jurídica, não se pode dar interpretação extensiva em matéria de prescrição, visto significar perda do direito de ação por decurso de prazo, ou seja, restrição do direito de quem o tem. As disposições alusivas à perda de direito pela prescrição ou decadência devem ser interpretadas restritivamente, não comportando interpretação extensiva, nem analogia. Recurso Especial não conhecido."* (STJ – RESP 200501952208 – (799744 DF) – 3ª T. – Relª Min. Nancy Andrighi – DJU 09.10.2006 – p. 300) (g.n.).

Assim, afasto a prejudicial de decadência.

No mérito, o recorrente se insurge afirmando que inexiste prova de que o georreferenciamento esteja correto, pois elaborado unilateralmente, sem a presença do contraditório e sem respaldo do INCRA.

Todavia, há que se ressalvar que o requerido não apontou especificamente qualquer irregularidade no Relatório Técnico de Georreferenciamento, nem colacionou aos autos contraprova, limitando-se ao

campo das argumentações, sem desincumbir-se do ônus que lhe competia, consoante disposto no art. 333, II, do CPC. Aliás, quando instado a especificar provas que pretendia produzir, deixou transcorrer *in albis* o prazo, conforme certidão de f. 176.

À luz dessas considerações, entendo que a pretensão recursal não merece prosperar, sendo medida de rigor a manutenção da sentença.

Posto isso, conheço e nego provimento ao presente recurso, ratificando integralmente os termos da sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a prejudicial e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 15 de maio de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0000212-39.2009.8.12.0020 - Rio Brilhante
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CIRURGIA CARDÍACA DE EMERGÊNCIA – NEGATIVA DE COBERTURA INJUSTIFICADA – NÃO EXISTÊNCIA DE LIMITAÇÃO NO CONTRATO – DANO MORAL CONFIGURADO – EXCLUSÃO DA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

1- É injustificada a negativa de cobertura, quando a cirurgia de caráter emergencial não se encontra entre os serviços não cobertos pelo plano de saúde.

2- A negativa de cobertura do plano de saúde configura dano moral, especialmente quando o consumidor está em risco de vida.

3- Não deduzida pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, é injustificada a multa por litigância de má-fé aplicada.

Recurso 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, dar provimemto ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de junho de 2014.

Juiz Vilson Bertelli – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Amália Piva de Camargo e Karina Piva Camargo Volpe interpõem recurso de apelação contra a sentença que julgou improcedentes o pedido de restituição do valor do cheque caução e o pedido de indenização por danos morais, bem como as condenou ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

As autoras ajuizaram a presente ação pelo fato de a Unimed ter negado o pagamento do tratamento médico de Amália Piva de Camargo, por considerar a cirurgia cardíaca um risco não coberto pelo plano de saúde. Dizem que a cirurgia realizada era de extrema urgência, por se tratar de infarto agudo do miocárdio. Pedem a procedência dos pedidos de restituição do valor do cheque caução e de indenização por danos morais, bem como a exclusão da condenação da multa por litigância de má-fé e a redução dos honorários de sucumbência.

Por não constar nos autos algumas informações relevantes para solucionar o processo, as partes foram intimadas para prestarem os esclarecimentos especificados à f. 253.

A referida determinação foi atendida apenas pelas apelantes (f. 256/258). Posteriormente, a empresa ré foi intimada para manifestar-se sobre os esclarecimentos e os documentos juntados pelas apelantes (f. 267), o que foi feito às f. 270/274.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Amália Piva de Camargo e Karina Piva Camargo Volpe contra a sentença que julgou improcedentes o pedido de restituição do valor do cheque caução e o pedido de indenização por danos morais, bem como as condenou ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Sustentam o direito de serem ressarcidas do valor do cheque caução, com os devidos acréscimos. Requerem a exclusão da condenação da multa por litigância de má-fé e a redução dos honorários de sucumbência.

Oportuno destacar a irregularidade no pedido de restituição do valor do cheque caução, haja vista que o artigo 286 do Código de Processo Civil exige a formulação de pedido certo e determinado.

Na época do ajuizamento da demanda, a autora Amália Piva de Camargo recém tinha realizado cirurgia de urgência e estava internada. Por esse motivo, os advogados das autoras ainda não sabiam qual seria o destino do cheque caução, a forma de pagamento e o valor gasto com o tratamento médico, questões não esclarecidas na fase de instrução processual.

Pelo fato de a instrução processual não ter cumprido seu objetivo, o de esclarecer os pontos controvertidos, as partes foram intimadas as partes para prestarem esclarecimentos sobre o pedido condenatório (f. 253/254), determinação atendida apenas pelas apelantes. Mencionaram o resgate do cheque caução e a entrega de outros 6 (seis) cheques, totalizando o valor de R$ 14.339,60, como forma de pagamento do tratamento médico (f. 256/258). Juntaram as cópias dos cheques emitidos (f. 259/264) e o recibo de pagamento do hospital (f. 265).

Constata-se, portanto, que o pedido mais consentâneo é o de ressarcimento do valor gasto com o tratamento médico de Amalia Piva de Camargo e não de ressarcimento do cheque caução.

Todavia, em atenção ao princípio da instrumentalidade da forma, essa falha processual não obsta a decisão da tutela jurídica adequada ao caso, visto que a empresa ré exerceu efetivamente o contraditório e a ampla defesa, tanto é que na contestação explicou o motivo pelo qual não se considerava responsável pelo pagamento do tratamento médico.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se a análise do recurso de apelação.

A controvérsia cinge-se em verificar a legalidade ou não da negativa da ré em custear a cirurgia de emergência, a internação e os demais gastos com o tratamento médico de Amália Piva de Camargo, uma das autoras.

Conforme dispõe a Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça[1]

O contrato em questão reveste-se dessa característica, por estabelecer o fornecimento oneroso de serviços médicos à autora na condição de destinatária final. Dessa forma, deve-se repelir do contrato firmado as cláusulas que implicam em contrariedade à boa-fé e ao equilíbrio contratual.

1 Súmula 469 (STJ): Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Nessa linha de conclusão, a operadora do plano de saúde não pode se beneficiar das mensalidades e, depois, com base em cláusula abusiva, se recusar a custear os tratamentos médicos recomendados ao usuário, colocando o consumidor em manifesta desvantagem.

Na análise da cobertura contratual, impõe-se considerar que o contrato de serviços de saúde tem por finalidade a transferência de riscos inerentes à futura necessidade médica ou hospitalar e sua efetiva cobertura.

Houve diagnóstico de infarto agudo no miocárdio não especificado, tratado, normalmente, com procedimento cirúrgico de extrema urgência, a exemplo do caso da autora Amália Piva de Camargo.

A empresa ré se recusou a custear o tratamento médico, ao fundamento de ser a cirurgia cardíaca uma causa expressamente excluída do contrato celebrado (artigo 9º, alínea "*e*" – f. 53).

No entanto, não é todo o tipo de cirurgia cardíaca que está excluída da cobertura do contrato, por não existir nenhuma restrição sobre as cirurgias de caráter emergencial, que implicam iminente risco de vida e sofrimento ao contratante.

Assim, o plano de saúde é interpretado no sentido de não cobrir as cirurgias cardíacas eletivas, cuja restrição não alcança as cirurgias emergenciais.

Essa conclusão decorre de legislação expressa, a teor de que dispõe o artigo 47 e artigo 54, §§ 3º e 4º, ambos do Código de Defesa do Consumidor, a seguir transcritos:

> *"Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.*
>
> *Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.*
>
> *§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão."*

Nesse contexto, a recusa da ré em efetuar a cobertura ou o reembolso integral das despesas com o tratamento médico da autora Amália Piva de Camargo caracteriza-se abusiva e frustra o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico celebrado.

A recusa da ré não se justifica ao simples argumento de que o contrato veda cirurgia cardíaca, por não existir restrição acerca das intervenções de caráter emergencial.

Logo, a empresa ré tem o dever de ressarcir o valor gasto por Karina Piva Camargo Volpe com o tratamento médico de Amália Piva de Camargo.

Embora as apelantes mencionem o gasto de R$ 14.339,60 (quatorze mil trezentos e trinta e nove reais e sessenta centavos), conforme consta no recibo do hospital, a quantia paga no tratamento médico foi R$ 13.121,00 (treze mil cento e vinte e um reais) (f. 265).

Feitos esses esclarecimentos, a empresa ré deve ser condenada ao pagamento de R$ 13.121,00 (treze mil cento e vinte e um reais).

Quanto ao pedido de dano moral, o recurso de apelação também prospera.

É indiscutível que a negativa de cobertura de plano de saúde, especialmente nas hipóteses de cirurgia emergencial, configura ato ilícito praticado pela operadora do plano de saúde passível de indenização. E esse fato se agrava por se tratar de cirurgia urgente, a qual implica risco de vida e sofrimento ao consumidor.

Assim, a apelada deve ser condenada ao pagamento de indenização, pois o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que o fornecedor de serviço, independentemente de culpa, responde por danos causados aos consumidores decorrentes dos defeitos relativos á prestação dos seus serviços.

A indenização será arbitrada por equidade, pois em se tratando de dano moral não há lei fixando valor. 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 e considerando a boa capacidade econômica da apelada, tem-se por razoável o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Decorrência lógica deste julgamento, a multa por litegância de má-fé será excluída, haja vista que as autoras não deduziram pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, tanto é que um pedido foi julgado parcialmente procedente e o outro totalmente procedente.

Posto isso, dou provimento ao recurso de apelação para condenar a ré-apelada à restituir o valor o gasto no tratamento médico da autora Amália Piva de Camargo, correspondente a R$ 13.121,00 (treze mil cento e vinte e um reais), corrigido monetariamente desde o pagamento e acrescido de juros de mora a partir da citação, bem como para condená-la ao pagamento de dano moral de R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Determino, ainda, a exclusão da multa por litigância de má-fé.

Em consequência, inverto o ônus da sucumbência e condeno a ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimemto 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, 03 de junho de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0001285-18.2010.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – DEMORA NA ANÁLISE DO REQUERIMENTO DE COBERTURA CONTRATUAL – SISTEMA DE INTERCÂMBIO – RESPONSABILIDADE DE TODAS AS OPERADORAS DO GRUPO UNIMED PARTICIPANTES DA OPERAÇÃO DEFEITUOSA.

01. Por força da teoria da aparência, a cooperativa regional da Unimed que recebeu o requerimento de cobertura contratual também responde pela demora em responder a solicitação do consumidor, ainda que o contrato tenha sido celebrado com outra entidade.

02. Tendo cada um dos litigantes decaído da metade dos pedidos, os ônus sucumbenciais são distribuídos recíproca e proporcionalmente, em conformidade com o *caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil, conforme fixado na sentença.

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 provimenrto ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de abril de 2014.

Juiz Vilson Bertelli – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Unimed São José do Rio Preto interpôs recurso de apelação contra a sentença que julgou improcedente o pedido de reparação de danos morais e procedente o pedido de obrigação de fazer, para condenar a apelante e a Unimed Nacional, solidariamente, a custear a realização da cirurgia de "entrópio de pálpebras" indicada ao autor.

Em suas razões recursais, alegou que eventual demora na análise do requerimento de cobertura da cirurgia ocorreu por culpa da Unimed Nacional. Disse que apenas recebeu a solicitação e a encaminhou para a pessoa jurídica responsável pelo plano de saúde do apelado através do sistema de intercâmbio. Destacou que não pode responder pela conduta de terceiros. Impugnou a distribuição dos ônus sucumbenciais na proporção de 50% para a parte autora e 50% para as rés, argumentando que o autor decaiu da maior parte de seus pedidos.

Apesar de intimado, o apelado não apresentou contrarrazões.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli. (Relator).

O apelante insurge-se contra a sua condenação em custear a cirurgia prescrita ao autor, por entender que a demora na análise do requerimento de cobertura da cirurgia requerida pelo apelado ocorreu por culpa da Unimed Nacional.

Os documentos de f. 55/107 realmente indicam que o contrato de prestação de serviços médicos do qual o autor-apelado é beneficiário foi celebrado com a Central Nacional Unimed. Todavia, embora seja constituída por um grupo de pessoas jurídicas distintas, cada qual com sua administração e estatutos, a Unimed se apresenta perante os consumidores como uma única empresa. Tanto é assim que as diversas unidades regionais da Unimed permitem que os usuários do plano de saúde usufruam dos serviços prestados por todas as unidades de atendimento instaladas no país.

Os usuários são levados a crer que qualquer cooperativa do sistema Unimed – que, inclusive, possui a mesma marca e identidade visual em todo o território nacional – é capaz de produzir um ato jurídico válido diante de uma negativa de tratamento.

Esses dados evidentemente confundem o consumidor, que pode considerar qualquer unidade regional da Unimed como integrante da relação contratual e, consequentemente, parte legítima para compor a relação processual que visa discutir e efetivar as cláusulas do contrato de prestação de serviço.

Aplica-se ao caso, portanto, a teoria da aparência, uma vez que todas as cooperativas regionais pertencem ao mesmo conglomerado e se anunciam como uma rede nacional de prestação de serviços médicos e hospitalares.

Não fosse isso bastante, os elementos probatórios apresentados pela apelante não permitem concluir quem deu causa à demora na autorização da cobertura contratual. Não é possível afirmar que o período transcorrido entre o pedido e a negativa de cobertura decorreu de uma inércia injustificada da Unimed Central em apreciar o requerimento ou de uma falha na apelante em repassar as informações necessárias sobre o procedimento. Sabe-se apenas que o consumidor não pode ser prejudicado pela dificuldade em separar as responsabilidade de cada pessoa jurídica integrante do gripo Unimed.

A apelante também impugna a sua condenação ao pagamento de metade dos ônus sucumbenciais. Sustenta que o autor deverá responder pela integralidade das despesas e honorários, uma vez que decaiu da maior parte dos pedidos, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Não lhe assiste razão, contudo.

Na inicial, o autor formulou dois pedidos: (a) a condenação das rés em autorizar a cobertura da cirurgia; e (b) a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais, no valor a ser arbitrado em juízo.

O autor foi vencedor em relação ao pedido de obrigação de fazer e vencido quanto ao pedido de reparação de danos morais. Cada uma das partes decaiu exatamente na metade de suas pretensões. Logo, deve ser mantida a sentença que distribuiu os ônus sucumbenciais em conformidade com o *caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil, atribuindo a cada litigante a metade das custas processuais e a metade dos honorários advocatícios, fixados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

O valor da indenização por danos morais indicado como parâmetro na inicial não interfere na distribuição dos ônus sucumbenciais. A esse respeito, é claro o enunciado da Súmula 326 do STJ: "*Na*

ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca."

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade negaram provimenrto ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

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, 22 de abril de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0018091-87.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO – COBRANÇA – DPVAT – MORTE – LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO – INGRESSO DE OUTROS HERDEIROS APÓS O SANEAMENTO DO PROCESSO – ESTABILIZAÇÃO SUBJETIVA DA DEMANDA – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA NULA.

Em se tratando de litisconsórcio facultativo, é impossível alterar a composição da relação jurídica processual após o saneamento do processo, sob pena de ofensa ao princípio da estabilização subjetiva do processo, prestigiado nos artigos 41 e 264 do Código de Processo Civil.

É nula a sentença que determinou o ingresso de outros herdeiros no polo ativo após a estabilização da demanda e condenou o réu a pagar-lhes indenização, em evidente afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nulidade reconhecida de ofício.

Recurso de apelação prejudicado.

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 e contra o parecer, anular a sentença de ofício, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1º de abril de 2014.

Juiz Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Real Previdência e Seguros S/A interpôs recurso de apelação contra a sentença que deixou de homologar o acordo realizado entre as partes, determinou a inclusão de Crisnéia Yasmin Silva e Mário Arthur da Silva no polo ativo do processo e julgou procedente o pedido formulado na inicial, para condenar a ré-apelante ao pagamento da indenização do seguro obrigatório relativa ao falecimento de Wilziney Gimenez Delmondes em acidente de trânsito, na proporção de 50% para a autora Maria Sixtro Ferreira e 25% para cada um dos filhos admitidos no processo.

Em suas razões recursais, alegou que as partes originais celebraram um acordo após o reconhecimento da união estável da autora com Wilzinet Gimenez Delmondes, o qual foi integralmente cumprido pela seguradora. Disse que o reconhecimento da paternidade de Crisnéia Yasmin Silva e Mário Arthur da Silva ocorreu após a transação e que não tinha meios de verificar a existência desses herdeiros quanto efetuou

o pagamento da indenização à autora. Impugnou a via eleita pelos filhos para receber a sua quota-parte na indenização. Discorreu sobre o princípio da boa-fé objetiva e sobre a necessidade de homologar o acordo, no mínimo, no que se refere ao valor devido à autora. Insurgiu-se contra o termo inicial dos juros moratórios e da correção monetária.

Contrarrazões de Maria Sixtro Ferreira às f. 199/205, que endossou o recurso de apelação e manifestou-se pelo provimento do recurso, e de Crisnéia Yasmin da Silva e Mário Arthur da Silva às f. 207/214.

O Ministério Público opinou pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Real Previdência e Seguros S/A contra a sentença que deixou de homologar o acordo realizado entre a apelante e a autora, determinou a inclusão de Crisnéia Yasmin Silva e Mário Arthur da Silva como litisconsortes ativos necessários e julgou procedente o pedido formulado na inicial, para condenar a ré-apelante ao pagamento da indenização do seguro obrigatório relativa ao falecimento de Wilziney Gimenez Delmondes em acidente de trânsito, na proporção de 50% para a autora Maria Sixtro Ferreira e 25% para cada um dos filhos admitidos no processo nessa oportunidade.

Segundo consta dos autos, Maria Sixtro Ferreira propôs a presente ação de cobrança em face de Real Previdência e Seguros S/A com o objetivo de receber a indenização do seguro obrigatório DPVAT relativa ao falecimento de seu companheiro em acidente de trânsito.

Após a citação, o oferecimento de contestação, e a apresentação de réplica pela autora, o juízo singular determinou a suspensão do processo até o julgamento do pedido de reconhecimento de união estável em trâmite na 3ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande.

No dia 11 de janeiro de 2010, a autora noticiou o julgamento procedente do pedido de reconhecimento de união estável e a celebração de um acordo com a parte ré, bem como requereu a homologação da transação por sentença.

Em 21 de maio de 2010, Crisnéia Yasmin da Silva e Mário Arthur da Silva informaram que foram reconhecidos filhos de Wilziney Gimenez Delmondes e requereram a sua inclusão no polo ativo.

O Ministério Público opinou pela inclusão Crisnéia Yasmin da Silva e Mário Arthur da Silva no feito. Apenas a autora foi intimada a se manifestar sobre o parecer do *parquet*. Em seguida, foi proferida a sentença que decidiu pela existência do litisconsórcio necessário, indeferiu a homologação do acordo e julgou procedente o pedido, para condenar a seguradora a pagar indenização para a autora e para os filhos do falecido.

A nulidade da sentença é manifesta.

Na ação de cobrança de indenização do seguro obrigatório DPVAT a formação de litisconsório entre herdeiros e sucessores é sempre facultativo, haja vista que a lei não determina o litisconsórcio necessário e a coisa julgada não atingirá o direito daqueles que não figurarem como parte no processo.

Nesse sentido, é firme o posicionamento deste Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA SEGURO DPVAT. COLATERAL. HERDEIRO POR REPRESENTAÇÃO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ATIVO. DESNECESSIDADE SOLIDARIADADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *Como os beneficiários do seguro DPVAT são os herdeiros legais, os filhos dos irmãos pré-mortos concorrem, por representação, com os demais irmãos, a teor do art. 1.840 do CC.*
>
> *Salvo em hipóteses excepcionais, é vedada a exigência de formação do litisconsórcio necessário ativo por incorrer na limitação ao direito constitucional de agir, que se norteia pela liberdade de demandar. Qualquer dos filhos, na condição de herdeiro legal da vítima, tem o direito de exigir a indenização do seguro obrigatório por inteiro (art. 267 do CC).*
>
> (TJMS; AG 2011.034935-3/0000-00; Campo Grande; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade; DJEMS 06/03/2012; Pág. 22).

Outrossim, o direito subjetivo da parte autora de postular judicialmente a reparação que entende devida em razão da morte de seu companheiro independe da presença dos filhos do falecido no processo. E estes, se entenderem conveniente, cabe demandar em ação própria a sua pretensão.

Em se tratando de litisconsórcio facultativo, é impossível alterar a composição da relação jurídica processual após o saneamento do processo, sob pena de ofensa ao princípio da estabilização subjetiva do processo, prestigiado nos artigos 41 e 264 do Código de Processo Civil. *In verbis:*

> *Art. 41. Só é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei.*
>
> *Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)*
>
> *Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)*

No caso, não houve a intimação da ré para se manifestar sobre o requerimento de inclusão dos filhos do segurado no polo ativo. Não foram oportunizados às partes o direito à ampla defesa e ao contraditório. E mais: ao condenar a ré a pagar indenização para pessoas que sequer figuravam no polo ativo do processo, o juízo de origem violou o princípio da demanda e o princípio dispositivo, além de proferir sentença *extra petita,* pois desvinculada do pedido formulado por Maria Sixtro Ferreira na inicial.

Portanto, impõe-se a anulação da sentença e o indeferimento da alteração subjetiva do processo após o oferecimento da contestação. O juízo de origem deverá decidir a lide nos limites objetivos e subjetivos em que foi proposta, nos termos do artigo 128 do Código de processo Civil.

Ante o exposto, de ofício, anulo a sentença que determinou a alteração subjetiva da ação após a estabilização do processo, indefiro a inclusão de outros herdeiros no polo ativo do feito e determino que o juízo de origem decida a lide nos limites em que foi proposta.

Julgo prejudicado o recurso de apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, ANULARAM A SENTENÇA DE OFÍCIO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 01 de abril de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0024410-03.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – TRIBUTÁRIO - AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA – PAGAMENTO PARCELADO – TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO – VENCIMENTO DE CADA PARCELA – BASE DE CÁLCULO – EFETIVA VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL – PRESUNÇÃO RELATIVA DO VALOR DEFINIDO PELO PODER PÚBLICO – ÔNUS DO CONTRIBUINTE COMPROVAR A EXAÇÃO INDEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Na esteira da orientação firmada pela Corte Superior, "quando o crédito tributário está decomposto em parcelas mensais, a prescrição tem por termo inicial o dia imediato após o vencimento de cada uma delas, conforme se extrai dos artigos 158, I, 161, ambos do CTN e do artigo 394 do Código Civil de 2002" (Resp nº 1130316/SP).

A efetiva valorização do imóvel beneficiado com a obra pública é a base de cálculo da contribuição de melhoria, competindo ao contribuinte comprovar o excesso na exação em razão da presunção relativa da veracidade do valor definido pelo Poder Público a título de tributo, não sendo suficiente apontar o montante acrescido a título de base de cálculo do IPTU posterior à obra por não representar no mercado a efetiva valorização imobiliária do bem, sob pena de enriquecimento sem causa do contribuinte.

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, 22 de maio de 2014.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Durval Pereira de Oliveira interpõe recurso de apelação, irresignado com sentença proferida em sede de mutirão judicial, que julgou improcedente a ação de repetição de indébito ajuizada em face do Município de Campo Grande.

Sustenta incialmente a inocorrência da prejudicial de prescrição, posto que o termo inicial do prazo é contado à partir do pagamento integral do débito, e não sobre cada parcela vencida.

No mérito, defende que os documentos juntados nos autos indicam explicitamente que o recolhimento a título de contribuição de melhoria ocorreu em montante superior a valorização do imóvel ocorrida após o asfaltamento da rua onde seu imóvel encontra-se localizado.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que a ação seja julgada procedente, determinando-se a repetição do valor pago indevidamente.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Durval Pereira de Oliveira, irresignado com sentença proferida em sede de mutirão judicial, que julgou improcedente a ação de repetição de indébito ajuizada em face do Município de Campo Grande.

Segundo consta, após o asfaltamento da rua onde está localizado o imóvel do apelante, a Fazenda Pública Municipal passou a cobrar a contribuição de melhoria em montante superior à valorização do bem, tendo assim direito à repetição do indébito.

Para subsidiar sua tese, juntou aos autos os boletos quitados referentes ao tributo, bem como a cópia dos carnês de IPTU dos anos de 2003 e 2004.

Após apresentação da contestação, o magistrado acolheu parcialmente a prejudicial de prescrição referente a parcelas do tributo que superaram o quinquênio legal, julgando, no mérito, improcedente a ação por falta de comprovação da valorização imobiliária arguida.

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Acerca da questão prejudicial, como bem pontuado pelo juízo singular, por tratar-se de tributo composto por parcelas mensais, o termo inicial da prescrição é à partir do vencimento de cada parcela, posto que, sendo hipótese de inadimplemento parcial da obrigação, sujeita o devedor às consequências advindas da mora, inclusive possibilitando a cobrança judicial do crédito.

Neste sentido:

> *"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. PAGAMENTO PARCELADO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DE CADA PARCELA.*
>
> *1. Quando o crédito tributário está decomposto em parcelas mensais, a prescrição tem por termo inicial o dia imediato após o vencimento de cada uma delas, conforme se extrai dos artigos 158, I, 161, ambos do CTN e do artigo 394 do Código Civil de 2002. Precedentes.*
>
> *2. No caso, a prescrição atingiu apenas quatro das seis parcelas, considerando que o despacho que ordenou a citação ocorreu em 14/09/2005 (após a LC 118/2005) e que os vencimentos ocorreram entre 20/05/2000 (1ª) a 20/10/2000 (6ª).*
>
> *3. Recurso especial provido em parte."(Resp 1130316/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20/10/2011)*
>
> *"TRIBUTÁRIO – IPTU – TRIBUTO LANÇADO DE OFÍCIO – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – PRESCRIÇÃO – ART. 168 C/C 165 DO CTN – INTERRUPÇÃO – ART. 219, § 1º DO CPC.*
>
> *1. O art. 174 do CTN cuida da prescrição das ações para cobrança do crédito tributário intentadas pelo Fisco.*

> *2. Em se tratando de ação de repetição de indébito de tributo lançado de ofício, aplica-se o art. 168 c/c 165 do CTN, de forma que o direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados do pagamento indevido.*
>
> *3. A interrupção da prescrição, in casu, regula-se pelo art. 219, § 1º do CPC, ou seja, ocorre com a propositura da ação.*
>
> *4. No caso concreto, estão prescritas apenas as parcelas pagas em 13/02/1995 e 13/03/1995.*
>
> *5. Recurso especial provido."* (Resp 693178/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 19/12/2005).

Assim, com acerto o acolhimento parcial da prejudicial, incidindo os efeitos da prescrição quinquenal sobre as parcelas de 15/05/2003 a 15/03/2004, tendo em vista o ajuizamento da ação em 23/04/2009.

Noutro ponto, melhor sorte não assiste ao apelante quanto ao mérito da discussão.

O Código Tributário Nacional dispõe:

> *"Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como* ***limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado****." (grifei)*

No intuito de comprovar que a exação excedeu a valorização real do imóvel, ultrapassando assim o limite individual previsto na lei, o apelante juntou aos autos a cópia do carnê do IPTU/2003 (antes da obra de asfaltamento), e do carnê referente ao IPTU/2004 (pós-obra), documentos que indicam que o valor venal do imóvel em questão passou de R$ 1.841,40, para R$ 2.087,99, representando uma valorização de R$ 246,59, ou de 13,39% do valor do imóvel.

Ao que se observa das parcelas pagas a título de tributo, sem a atualização aplicada pelo autor, foi recolhido o total de R$ 1.245,86, ou seja, quantia que representa 67,65% do valor do imóvel, portanto, percentual muito superior à valorização indicada no cálculo do IPTU.

Ocorre que mesmo diante de tais circunstâncias, apontadas pelo autor como suficientes à comprovar sua tese, entendo também que não logrou êxito em apontar a efetiva valorização do imóvel[1], uma vez que a diferença entre valores das base de cálculo do IPTU/2003 e IPTU/2004 podem indicar mera atualização de valor, não sendo suficiente para presumir que a valorização do imóvel esteja resumido àquela quantia (R$ 246,59).

In casu, vige a presunção de que o valor apontado pelo Poder Público a título de exação é o correto por tratar-se de situação sob o qual recai os princípios que asseguram o bom desempenho da atividade administrativa e tributária, competindo ao contribuinte a comprovação do equívoco do valor lançado. Neste sentido:

"TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA - SISTEMA DE DUPLO LIMITE - VALORIZAÇÃO REAL DO IMÓVEL - ÔNUS DA PROVA - 1. (...). 2. (....). 2.1.(...) 2.2. Presume-se que

1 "TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. FATO GERADOR VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL. 1. A contribuição de melhoria tem como fato gerador a real valorização do imóvel, não servindo como base de cálculo tão-só o custo da obra pública realizada. (REsp n. 280.248/SP, relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ de 28.10.2002). 2. Recurso especial provido." (STJ - REsp: 629471 RS 2004/0021647-2, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 13/02/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/03/2007 p. 270)

a obra pública agregou ao imóvel a mais-valia real, conforme a partilha procedida pelo poder tributante. Cabe, pois, ao contribuinte provar que, na realidade, não houve melhoria no sentido de valor, ou houve em menor quantia, ou que houve até mesmo piora no sentido de desvalor. Carregar o ônus da prova ao Poder Público é não só inviabilizar a administração como ir de encontro a princípio básico de direito público em geral, e de direito tributário em especial. Vigora, no caso da contribuição de melhoria, a mesma presunção que vigora ao IPTU e ao IPVA relativamente ao valor da base de cálculo. O Poder Público, dentro de critérios objetivos estabelecidos em Lei, define qual valor cada imóvel presumivelmente agregou. Se tal não corresponde à valorização real, cabe ao contribuinte demonstrar. 3. Apelação desprovida. *(TJRS - APC 70005149901 - 1ª C.Cív. - Rel. Des. Irineu Mariani - J. 18.06.2003).”*

Ademais, é de conhecimento ordinário o fato de que o asfaltamento de vias urbanas reflete em diversos benefícios ao proprietário do imóvel, em especial quanto ao aspecto patrimonial, sendo certo que o bem teve uma valorização no mercado muito superior aos R$ 246,59 defendidos pelo requerente.

Logo, pretender a ínfima valorização apontada na base de cálculo do IPTU é afastar justamente o objetivo pretendido pelo tributo em espécie, ou seja, o enriquecimento sem causa dos proprietários de imóveis beneficiados com a obra pública.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento para manter incólume a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 22 de maio de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800037-89.2011.8.12.0004 - Amambai
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO DPVAT – PERDA PERMANENTE DO PALADAR E DO OLFATO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – ÔNUS SUCUMBENCIAIS INTEGRALMENTE ATRIBUÍDOS À PARTE VENCIDA – RECURSO PROVIDO.

A perda do olfato e do paladar podem ser enquadradas em "lesões de órgãos e estruturas crânio-faciais (...) cursando com prejuízos funcionais não compensáveis de ordem autonômica, respiratória, cardiovascular, digestiva, excretora ou de qualquer outra espécie, desde que haja comprometimento de função vital", onde o percentual previsto é de 100% do valor da indenização.

A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios (art. 20, CPC)

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, 15 de maio de 2014.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Delair Rodrigues Dutra Pires apela a este Tribunal, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Amambai, que, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação de cobrança do Seguro DPVAT ajuizada em desfavor de Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A.

Alega em suas razões, que devem ser reapreciadas a prova pericial, nos termos do Laudo Pericial, onde as respostas do perito levam à conclusão que faz jus a indenização integral, pelo conjunto das lesões e repercussões, de 75% de perda funcional e definitiva no membro inferior direito, associado às sequelas definitivas pela perda total do olfato e paladar, porquanto o magistrado considerou tão somente a perda do membro inferior.

Sustenta que é devida a condenação da seguradora, integralmente, ao pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios, pois a atribuição do valor da causa foi feita de acordo com a previsão legal, mas somente o perito poderia avaliar as sequelas e determinar com exatidão o valor da indenização. Nesse caso, por ter sido a seguradora condenada a lhe pagar o valor de R$ 7.087,50, foram imputados à autora ônus desproporcionais, apesar de ser beneficiária da justiça gratuita.

Contrarrazões de apelação ofertadas à f. 115-23

Dispensada a revisão, por se tratar de procedimento sumário.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença, de parcial procedência do pedido, formulado na ação de cobrança do seguro obrigatório DPVAT ajuizado por Delair Rodrigues Dutra Pires em desfavor de Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A.

A autora ajuizou esta ação objetivando o recebimento do valor do seguro DPVAT, alegando, para tanto, que se envolveu em acidente automobilístico na data de 21.07.2011 e sofreu graves lesões que resultaram em sequelas incapacitantes permanentes.

Os autos foram instruídos e realizada a perícia médica judicial.

A sentença (f. 85-90), de parcial procedência do pedido, condenou a requerida a pagar à autora a indenização no valor de R$ 7.087,50 (sete mil, oitenta e sete reais, cinquenta centavos, corrigida monetariamente pelo INPC desde o sinistro e acrescida de juros moratórios a partir da citação.

Condenou a ré ao pagamento de 60% das custas e despesas processuais, inclusive honorários periciais, condenando a autora ao restante, "observada a assistência judiciária gratuita". Arbitrou honorários advocatícios em 15% da condenação e determinou que sejam repartidos à razão de 40% para o autor e 60% para o requerido, autorizando sua compensação.

A autora insurge-se contra a sentença, alegando que o magistrado não considerou a afirmação do perito de que a perda do olfato e do paladar foram definitivas, condenando a seguradora apenas pela sequela de 75% relativa ao membro inferior, quando faz jus ao total da indenização.

Também insurge-se com sua condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, defendendo que a seguradora deve ser condenada integralmente.

Acerca do valor da indenização, verifica-se que o laudo acostado à f. 73-76, na resposta ao quesito "2", declarou que:

> *"A periciada apresenta perda funcional estimada em 75% em membro inferior direito, caracterizada por limitação de movimentos em joelho e tornozelo direitos e atrofia muscular definitiva em membro inferior direito, além de perda completa de olfato e paladar."*

Com base nessa afirmação do perito o magistrado proferiu sentença, condenando a seguradora ao pagamento da indenização relativa ao seguro DPVAT calculado na seguinte forma: 13.500,00 x 70% (percentual previsto para a perda total de um membro inferior) x 75% (perda funcional determinada pela perícia), o que resultou no valor de R$ 7.087,50 (sete mil, oitenta e sete reais, cinquenta centavos); deixando de considerar, porém, a perda completa e permanente do olfato e paladar.

Em análise à tabela trazida ao art. 3º da Lei nº 6.194/74, verifica-se não existir previsão para a perda do olfato e para a perda do paladar. Entretanto, tais lesões podem ser enquadradas em "lesões de órgãos e estruturas crânio-faciais (...) cursando com prejuízos funcionais não compensáveis de ordem

autonômica, respiratória, cardiovascular, digestiva, excretora ou de qualquer outra espécie, desde que haja comprometimento de função vital", onde o percentual previsto para a indenização é de 100%.

O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

> ***"RESPONSABILIDADE CIVIL. Olfato. Paladar. Indenização. A perda do olfato e do paladar é causa de incapacidade que atinge gravemente a pessoa, prejudica sua vida de relação, impede-a de usufruir de alguns prazeres da vida e mesmo prejudica a defesa da sua saúde, o que exige indenização compatível. Recurso conhecido e provido em parte para deferir verba indenizatória equivalente a 400 salários mínimos."*** (Recurso Especial N. 404.706/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 4ª Turma STJ. DJ. 02/09/2002)

Este Tribunal, em caso semelhante também assim tem decidido:

> *"E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO SEGURO DPVAT – PERDA OLFATIVA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – LIMITAÇÃO QUANTO AO GRAU DE INVALIDEZ AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> ***1. Considerando-se que o DPVAT nada mais é do que um seguro voltado para o ressarcimento dos danos pessoais sofridos por vítima de acidente de trânsito, por certo que com a perda olfativa deverá ser indenizada, já que esta não se desvincula do gênero "danos pessoais".*** *2.Tendo em vista o princípio da hierarquia das leis, não pode norma regulamentar, de hierarquia inferior, dispor de modo diverso, restringindo direitos assegurados pela norma regente."* (Agravo Regimental em Apelação Cível N. 2009.006534-0/0001-00, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 16.4.2009).
>
> *"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO – DPVAT – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – MÉRITO – COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE INVALIDEZ TOTAL E PERMANENTE – PERDA OLFAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA – JUROS MORATÓRIOS – HONORARIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSOS IMPROVIDOS.*
>
> *1. A responsabilidade pelo pagamento do seguro obrigatório é de qualquer das seguradoras integrantes do consórcio nacional do convênio DPVAT, conforme estabelece o artigo 7º da Lei n. 6.194/74.*
>
> ***2. Considerando-se que o DPVAT nada mais é do que um seguro voltado para o ressarcimento dos danos pessoais sofridos por vítima de acidente de trânsito, por certo que com a perda olfativa deverá ser indenizada, já que esta não se desvincula do gênero "danos pessoais".***
>
> *3.Tendo em vista o princípio da hierarquia das leis, não pode norma regulamentar, de hierarquia inferior, dispor de modo diverso, restringindo direitos assegurados pela norma regente.*
>
> *4. Incide correção monetária sobre a dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo, conforme súmula 43 do STJ.*
>
> *4.Os juros moratórios devem incidir a partir da citação válida conforme art. 219 do CPC.*
>
> *5. Deve ser mantido os honorários advocatícios em 15% sobre o valor atualizado da condenação, conforme art. 20, §3º do CPC."* (Apelação Cível N. 0043465-03.2010.8.12.0001, Relator Designado Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 2.10.2012)

Assim, não se encontra óbice ao pleito da apelante para majoração da indenização do seguro, devendo ser majorada a indenização para o valor de R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), considerando, que além da perda de 75% de funcionalidade do membro inferior, a apelante perdeu completamente o olfato e o paladar.

Por fim, com relação aos honorários de sucumbência, tendo a autora vencedora em seu pleito, nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, tem-se que:

> *"Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço". Verifica-se, entretanto, que os honorários foram arbitrados pela sentença em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, percentual que considera-se adequado e razoável levando-se em consideração os critérios estabelecidos em lei.*

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Delair Rodrigues Dutra Pires e dou-lhe provimento para imprimir reforma à sentença de primeiro grau e: a) fixar o valor da indenização em R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), cuja importância será corrigida monetariamente com base na variação do IGP-M/FGV, a partir da data do sinistro, e acrescida de juros moratórios de um por cento ao mês, computados desde a citação; b) condenar a seguradora, integralmente, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 15 de maio de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800189-91.2013.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – ART. 14 DO CTN – POSICIONAMENTO DO STF – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que "o que mais se coaduna com a finalidade da norma de imunidade é o entendimento no sentido de que o ônus de elidir a presunção de vinculação às atividades essenciais é do Fisco, e não do contribuinte."

Compete ao Poder Público comprovar que a associação de ensino, sem fins lucrativos não preencheu os requisitos legais, não lhe sendo permitido gozar da imunidade tributária.

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, 15 de maio de 2014.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Município de Naviraí interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, que julgou procedente os presentes Embargos à Execução Fiscal deduzidos por Centro de Ensino de Naviraí – CENAV em desfavor do Município de Naviraí, ambos nos autos qualificados, para o fim específico de reconhecer, à Embargante, a imunidade tributária do art. 150, inc. VI, letra 'c' da Constituição Federal, e de consequência declarar a nulidade do título executivo, CDA nº 525/2012, extinguindo, via de consequência, a Execução Fiscal nº 0002128-76.2012.8.12.0029 em apenso.

Sucumbente, arcará o Embargado com as custas processuais porventura antecipadas pela Embargante, isento das finais '*ex vi lege*', bem como com honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, atualizável pelo IGPM-FGV a contar da publicação deste. Anoto que a verba honorária é fixada em percentual, embora o vencido seja o Poder Público, porque o valor da causa não é expressivo, o que atende a modicidade exigida pelo CPC."

Alega que o fato de a Lei Municipal n. 407/88 declarar a apelada como sendo uma instituição da utilidade pública, por si só não induz ao reconhecimento da imunidade tributária almejada, uma vez que há os requisitos legais para seu reconhecimento, que no presente caso, não foram atendidos pelo apelado.

Assevera que os fins lucrativos do apelado são latentes, desviando-se da chamada assistência social ou mesmo entidade benemérita.

Pondera que o apelado, em momento algum, demonstrou estar inscrita nos conselhos de assistência social, apenas alega que é uma instituição de ensino sem fins lucrativos, que atende todos os requisitos legais para fruição da imunidade tributária prevista no art. 150, IV, "c", da CF.

Requer seja dado provimento ao recurso.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Naviraí em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, que julgou procedente os presentes Embargos à Execução Fiscal deduzidos por Centro de Ensino de Naviraí – CENAV em desfavor do Município de Naviraí, ambos nos autos qualificados, para o fim específico de reconhecer, à Embargante, a imunidade tributária do art. 150, inc. VI, letra 'c' da Constituição Federal, e de consequência declarar a nulidade do título executivo, CDA nº 525/2012, extinguindo, via de consequência, a Execução Fiscal nº 0002128-76.2012.8.12.0029 em apenso.

Sucumbente, arcará o Embargado com as custas processuais porventura antecipadas pela Embargante, isento das finais 'ex vi lege', bem como com honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, atualizável pelo IGPM-FGV a contar da publicação deste. Anoto que a verba honorária é fixada em percentual, embora o vencido seja o Poder Público, porque o valor da causa não é expressivo, o que atende a modicidade exigida pelo CPC."

Requer seja dado provimento ao recurso, reforma da sentença recorrida.

Estabelece o art. 150, inciso VI, letra c, da CF:

> "Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *(...).*
>
> *VI - instituir impostos sobre: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*
>
> *(...).*
>
> *c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;"*

Verifica-se que a Constituição Federal veda expressamente a cobrança de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços da instituições de educação, desde que atendidos os requisitos da lei.

A respeito do tema, leciona Leandro Paulsen, *in* Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Editora: Livraria do Advogado, 11ª edição, p. 250:

> *"Instituições de educação. "A imunidade, para as instituições de ensino, que atendem aos requisitos elencados na Lei Complementar (art. 14 do CTN) é abrangente, isto é, para todas as atividades de ensino. À evidência, todo e qualquer ensino está contemplado na imunidade: ciência, esporte, dança, etc. Ora, ensino é transmissão de*

> *conhecimentos, informações ou esclarecimentos úteis ou indispensáveis à educação ou a um fim determinado... O aluno, ao ingressar na escola, vai em busca de conhecimento, de informação, de esclarecimento. Assim, todo e qualquer curso está incluído no vocábulo 'ensino' (ensino de português, ensino de matemática, ensino de danças, prática de esportes, ensino de qualquer ciência, arte, ofício, etc.)* (GONÇALES, Antônio Manoel. A imunidade da sociedade de educação sem fins lucrativos, em CDTFP nº 14, RT, 1996, p. 114).
>
> *- Ainda que as instituições de ensino cobrem mensalidades pesadas e que obtenham renda elevada, gozam da imunidade desde que apliquem todos os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais no País, mantenham escritura regular e não distribuam lucro. Vide art. 14 do CTN."*

Vê-se que a apelada trata-se de uma associação civil de fins idéias, sem finalidade econômica, em conformidade com o disposto na Assembléia Geral Extraordinária, realizada no dia 7 de janeiro de 2004 (f. 31).

Segundo a Constituição Federal, para se configurar a imunidade tributária torna-se imprescindível o preenchimento dos requisitos previstos no art. 14 do Código Tributário Nacional, que dispõe:

> *"Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:*
>
> *I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;*
>
> *II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;*
>
> *III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão."*

Evidencia-se dos autos que a apelada possui imunidade tributária, competindo ao Poder Público comprovar o descumprimento dos requisitos legais ou se constatar que seu exercício atenta contra outra garantia constitucional, qual seja, a livre concorrência.

A respeito da questão, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que "*o que mais se coaduna com a finalidade da norma de imunidade é o entendimento no sentido de que o ônus de elidir a presunção de vinculação às atividades essenciais é do Fisco, e não do contribuinte*."

Confira-se o julgado abaixo:

> *EMENTA Imunidade. Entidade de assistência social. Artigo 150, VI, c, CF. Imóvel vago. Finalidades essenciais. Presunção. Ônus da prova. 1. A regra de imunidade compreende o reverso da atribuição de competência tributária. Isso porque a norma imunitória se traduz em um decote na regra de competência, determinando a não incidência da regra matriz nas áreas protegidas pelo beneplácito concedido pelo constituinte. 2. Se, por um lado, a imunidade é uma regra de supressão da norma de competência, a isenção traduz uma supressão tão somente de um dos critérios da regra matriz. 3. No caso da imunidade das entidades beneficentes de assistência social, a Corte tem conferido interpretação extensiva à respectiva norma, ao passo que tem interpretado restritivamente as normas de isenção. 4. Adquirido o status de imune, as presunções sobre o enquadramento originalmente conferido devem militar a favor do contribuinte, de modo que o afastamento da imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela administração tributária. O oposto ocorre com a isenção que constitui mero benefício*

fiscal por opção do legislador ordinário, o que faz com que a presunção milite em favor da Fazenda Pública. 5. A constatação de que um imóvel está vago ou sem edificação não é suficiente, por si só, para destituir a garantia constitucional da imunidade. A sua não utilização temporária deflagra uma neutralidade que não atenta contra os requisitos que autorizam o gozo e a fruição da imunidade. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STJ. RE 385091 / DF. Rel. Min. Dias Toffoli. J: 06.08.2013. Órgão Julgador: Primeira Turma.)

Além disso, constou do voto condutor:

"(...).

Com essas considerações iniciais, faço aqui um breve paralelo do instituto da imunidade com o da isenção, para corroborar conclusões que explicitarei a posteriori. Se, por um lado, a imunidade é uma regra de supressão da norma de competência, a isenção traduz uma supressão tão somente de um dos critérios da regra matriz.

A lei que confere isenção é empregada pela administração tributária casuisticamente para a consecução de políticas fiscais. Nesse caso, temos um favor fiscal do ente tributante em uma situação típica de pleno exercício da competência.

Entre as duas espécies de desoneração analisadas, observo antíteses que me permitem chegar a uma conclusão determinante para o desenlace dessa controvérsia.

A imunidade é uma garantia constitucional outorgada pela Carta Política que impede o exercício da competência legislativa. A isenção é um favor fiscal concedido pelo legislador ordinário. No caso da imunidade de que se trata, esta Corte tem conferido interpretação extensiva nos diversos precedentes em que se discute a compreensão do que seja o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades contempladas no texto constitucional, ao passo que tem interpretado restritivamente as normas de isenção. Todas essas assertivas me fazem refletir sobre o ônus da prova em situações regidas por tais normas de desoneração.

Como a isenção é um favor fiscal, incumbe ao contribuinte que pretende a fruição da benesse o ônus de demonstrar seu enquadramento na situação contemplada. Noutro giro, decorrendo a imunidade diretamente do texto constitucional, o contribuinte não estaria gozando de um favor fiscal, mas de uma garantia constitucional de maior envergadura, de modo que presunções sobre o enquadramento originalmente conferido devem militar a seu favor.

A partir desse cenário, faço a seguinte constatação: caso já tenha sido deferido o status de imune ao contribuinte, o afastamento dessa imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela administração tributária. O oposto ocorreria com a isenção, pois essa constitui mero benefício fiscal concedido pelo legislador ordinário, o que faz com que, nesse caso, a presunção milite em favor da Fazenda Pública.

(...).

No âmbito desta Suprema Corte, especialmente quanto às entidades beneficentes de assistência social – diga-se, aqui, aquelas que detêm o certificado de entidade beneficente, caso das entidades de assistência social stricto sensu, sobretudo as relacionadas à Educação e a Saúde -, temos a Súmula nº 724, a qual dispõe que, "[a]inda que alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU ao imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais".

Analisando o caso dos autos, em conformidade com a jurisprudência da Corte Superior, vê-se que o Município de Naviraí não logrou comprovar que a apelada não preencheu os requisitos legais, não lhe sendo permitido gozar da imunidade tributária.

Ademais, a legislação vigente não condicionou o reconhecimento da imunidade tributária a qualquer ato administrativo, mas tão somente ao preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 14 do CPC.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 15 de maio de 2014.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0012341-28.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – APELAÇÃO PENAL – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – BAGATELA IMPRÓPRIA – INAPLICABILIDADE – NÃO PROVIMENTO.

Não se aplica o princípio da insignificância quando as condutas foram deliberadas e ofenderam a integridade corporal da vítima, face a incompatibilidade com a Lei n.º 11.340/2006.

Apelação defensiva a que se nega provimento com base na correta aplicação da lei.

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, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 10 de março de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

R. V. interpõe apelação objetivando a reforma da sentença que o condenou a pena de 03 (três) meses de detenção, em regime aberto, pela prática do crime de lesão corporal qualificada pela violência doméstica (art. 129, § 9º, do Código Penal).

Pugna pela aplicação do princípio da bagatela imprópria.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 112/118).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 122/127).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por R. V. objetivando a reforma da sentença que o condenou a pena de 03 (três) meses de detenção, em regime aberto, pela prática do crime de lesão corporal qualificada pela violência doméstica (art. 129, § 9º, do Código Penal).

Infere-se dos autos que, aos 15 de janeiro de 2012, por volta das 05h40min, na residência situada na Rua Ramão Ozório n.º 490, Chácara Califórnia, em Dourados, o acusado agrediu fisicamente M. F. M. S., sua convivente, desferindo-lhe socos e tapas, os quais resultaram em lesões corporais.

Processado, pugna pela aplicação do princípio da bagatela imprópria.

Não prospera a pretensão de aplicação de tal excludente, vez que o objeto ofendido não pode ser afastado, nem as consequências da prática delitiva poderão ser desprezadas.

Ademais, o intuito da Lei n.º 11.340/2006 foi criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, como determinado no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, o que é incompatível com a aplicação do princípio da insignificância.

O delito foi cometido em contexto de evidente afronta à ordem jurídica e à paz social, e eventual reconhecimento do princípio da insignificância serviria, tão somente, para fomentar comportamentos que violam a ordem pública e a segurança dos cidadãos.

Nesse sentido esta Corte de Justiça já se pronunciou:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – (...) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE (...) RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Incabível a aplicação do princípio da bagatela imprópria aos delitos praticados em situação de violência doméstica, pelo desvalor da ação, que gera grande reprovabilidade social e moral."*[1]

Ante o exposto, nego provimento ao apelo interposto por R. V.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao 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. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 10 de março de 2014.

***

1 Ap 0025199-94.2012.8.12.0001, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Manoel Mendes Carli, j. 12/12/2013.

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0000687-22.2014.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – FALTAS GRAVES – PERDA DE DIAS REMIDOS – LIMITAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) – REINÍCIO DE CONTAGEM – IMPOSSIBILIDADE DE PERDA ESCALONADA – NÃO PROVIMENTO.

Induvidoso que a prática de falta grave acarreta a perda de dias remidos, observada a limitação legal de 1/3 (um terço).

Com a perda dos dias remidos, inicia-se nova período de contagem de tempo de remição, não sendo possível a perda escalonada sobre o mesmo período já remido anteriormente.

Agravo de Execução Penal interposto pelo *Parquet* a que se nega provimento, ante o acerto do *decisum* objurgado.

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, 24 de março de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

O Ministério Público Estadual interpõe Agravo de Execução Penal objetivando a reforma da decisão (f. 75/76) que deferiu o pedido de remição de pena de Irley Cristiano dos Santos.

Alega que declarou-se a perda de apenas 1/3 (um terço) dos dias remidos em razão de uma falta grave, desconsiderando as demais faltas posteriores.

Assevera que, de acordo com o art. 127, da Lei de Execução Penal, a revogação por atingir até 1/3 (um terço) do tempo remido, não se limitando ao período de remição imediatamente anterior a prática da falta grave e nem o número de revogações que podem ser feitas.

Destaca que a única limitação legal diz respeito ao montante de dias remidos que podem ser revogados a cada falta grave e que a expressão "*recomeçando a contagem a partir da infração disciplinar*" não se refere às remições, mas ao prazo para obtenção de benefícios.

Sustenta que a impossibilidade de perda escalonada de remição acarreta premiação ao condenado faltoso, que teria *quantum* imutável de benefício após a primeira perda.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 81/89).

O juízo *a quo* manteve o entendimento por seus próprios fundamentos (f. 79).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pelo provimento (f. 103).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpõe Agravo de Execução Penal objetivando a reforma da decisão (f. 75/76) que deferiu o pedido de remição de pena de Irley Cristiano dos Santos.

Consta nos autos que Irley cumpre pena total de 37 (trinta e sete) anos, 07 (sete) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão pela prática dos delitos descritos no art. 157, § 3º, segunda parte (latrocínio), art. 304 (uso de documento falso) c/c art. 297 (falsificação de documento público) e art. 157, § 2º, I, II e V (roubo majorado pelo emprego de arma, concurso de pessoas e restrição à liberdade da vítima), todos do Código Penal.

O reeducando pleiteou o reconhecimento de remição de 16 (dezesseis) dias de sua pena. Esta pretensão foi deferida pela autoridade apontada como coatora, mas – em razão de falta grave praticada aos 10 de agosto de 2007 – foi declarada a perda de 05 (cinco) dias remidos, restando apenas 11 (onze) dias.

Insatisfeito, o *Parquet* argumenta que deve ocorrer a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos para cada falta grave, ou seja, como o reeducando possui 04 (quatro) faltas graves, restariam apenas 04 (quatro) dias remidos.

Alega que a decisão que concede a remição não faz coisa julgada material, pois o benefício não passa de mera expectativa de direito.

Inicialmente, deve-se consignar que o debate acerca da possibilidade de perda dos dias remidos pela prática de falta grave remonta a edição da Constituição Federal de 1988. Houve intensa batalha nas Cortes de Justiça que culminou na publicação – aos 20 de junho de 2008 – da Súmula Vinculante n.º 09, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: *"O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58."*

Em consulta ao inteiro teor do debate, constata-se grande preocupação em afirmar que a perda de dias remidos é constitucional, mas que não devia caber ao julgador de 1ª instância a avaliação concreta do *quantum* de perda para cada falta grave.

Esta preocupação advinha do entendimento cotidiano à época de que a prática de qualquer falta grave acarretava a perda de todos os dias remidos. Após a edição daquele verbete sumular, a Lei n.º 12.433, de 29 de junho de 2011, alterou a redação do art. 127, da Lei de Execução Penal, passando o dispositivo a ter a seguinte redação: "*Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.*"

Se antes da modificação legislativa havia margem para interpretações diversas, ao tempo presente a leitura do dispositivo em questão evidencia: a) a existência de um limite na punição ao condenado (1/3 – um terço – do tempo remido); b) a necessidade de fundamentação do percentual de perda escolhido (observância do art. 57, da Lei n.º 7.210/84); e c) a cada revogação recomeça a contagem do tempo remido (reiniciando a contagem a partir da data da infração disciplinar).

Desta forma, praticada a falta disciplinar, o magistrado deve avaliar qual o patamar mais adequado para penalizar o reeducando (até o limite legal) e iniciar novo período de contagem para remição de pena. Intuitivo e lógico é que os dias que restaram incólumes à primeira perda passam a integrar o arcabouço de direitos subjetivos do condenado.

Não se busca, assim, premiar aquele que conta com comportamento inadequado. Na verdade, este já foi penalizado com a perda dos dias anteriormente remidos. O que se pretende é inviabilizar a penalização estatal em duplicidade, como pretende o recurso do *Parquet*.

Na realidade, chama a atenção que vários dos precedentes citados pelo recurso são anteriores até mesmo à edição da Lei n.º 12.433/11 e nenhum deles acolhe a tese aventada pelo Ministério Público.

Não se olvida que a cada falta grave deve haver perda do tempo remido. Entretanto, as perdas subsequentes são condicionadas ao período de remição posterior às anteriores.

No caso concreto, a decisão combatida evidencia que o reeducando busca a remição quanto ao período trabalhado entre 08 de março de 2005 e 03 de maio de 2005 (f. 76). Por seu turno, o *Parquet* relaciona faltas graves cometidas aos 26 de julho de 2007, 10 de agosto de 2007, 11 de novembro de 2007 e 15 de setembro de 2008; todas posteriores ao período trabalhado.

Destarte, uma das faltas disciplinares já seria suficiente para a perda de dias remidos, conforme consta na decisão invectada, inaugurando-se período subsequente para remição. Ocorre que, neste novo período, não há qualquer atividade do condenado a ensejar a remição.

Assim sendo, as demais faltas disciplinares continuam com os demais efeitos (ex: regressão de regime e de comportamento prisional), mas não influem no tempo remido.

Adotar o entendimento pretendido no recurso no caso dos autos implicaria em decretar a perda de 3/4 (três quartos) dos dias remidos, certamente, sepultando a limitação legal do art. 127, da Lei n.º 7.210/84.

Tal entendimento é rechaçado pela jurisprudência consolidada:

> *"Agravo em execução penal. Remição Pluralidade de faltas disciplinares Magistrada de primeiro grau que determinou a perda de 1/3 dos dias remidos. Decisão acertada. Dias remidos que não fazem coisa julgada material. Os dias remidos já revogados não integram o novo cálculo, uma vez que se reinicia a contagem e, portanto, não culmina com a perda de fração superior a prevista. Recurso desprovido."* [1]
>
> *"A manutenção da decisão recorrida que reconheceu o cometimento das duas faltas graves, no âmbito do PEC nº. 38.773-8, é imperiosa, bem assim a determinação de regressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade do agravante para o fechado.*
>
> *Perda dos dias remidos, pelo cometimento das faltas graves. Inteligência da Lei 12.433/2011, em face da Súmula Vinculante nº 9, do S.T.F., publicada em 2008. Superveniência de lei mais benigna aos apenados, passível de retroação. Inovação legislativa que outorga ao julgador a faculdade de revogar, quando entender pertinente, até 1/3 dos dias remidos pelo apenado. Restabelecimento de todos os dias remidos, em estímulo ao retorno do apenado ao trabalho.*
>
> *O cometimento de falta grave enseja a alteração da data-base para a concessão de novos benefícios na execução da pena, à exceção do livramento, indulto e comutação. Entendimento pacificado no S.T.F. e S.T.J.*
>
> *Agravo parcialmente provido."* [2]

1 TJSP, AgExPe 0192215-52.2013.8.26.0000, 8ª Câm. de Dir. Crim., rel. Des. Camilo Léllis, j. 13/02/2014, DJ 27/02/2014.

2 TJRS, AgExPe 456314-37.2013.8.21.7000, 6ª Câm. Crim., rel. Des. Aymoré Roque Pottes de Mello, j. 28/11/2013, DJ 20/02/2014.

"- Este Tribunal Superior entende que, comprovada a falta grave, cabe ao Juízo da Execução, atendendo aos ditames legais, determinar a perda dos dias remidos, não havendo que se falar em ofensa a direito supostamente adquirido, impedindo, da mesma forma, o deferimento da remição – ex vi do art. 127 da Lei n. 7.210/84.

- Com o advento da Lei n. 12.433/2011, que alterou a redação do dispositivo citado, a prática de falta grave no curso da execução implica a perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos, devendo o Juízo das Execuções aplicar a fração cabível ao caso concreto, levando em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão." [3]

"Cometendo faltas graves o apenado, tal como fugas e perpetrando novos delitos no curso da execução, é de ser mantida a regressão de seu regime de cumprimento de pena e a perda de eventuais dias remidos, fixando-se nova data-base para a concessão de novos benefícios.

(...)

Alteração da redação do artigo 127 da LEP. Limitação, de ofício, da perda dos dias remidos a 1/3. Concessão. Com o advento da Lei nº 12.433/2011, que entrou em vigor no dia 30 de junho de 2011, é de ser limitada a perda dos dias remidos do agravante, em 1/3, no caso de cometimento de falta grave, conforme nova redação do artigo 127 da Lei nº 12.433/2011, mais benéfica a ele." [4]

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

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. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 24 de março de 2014.

***

3 STJ, ED-ED-REsp 1.238.276/SP, 5ª T., rel.ª Des.ª conv. Marilza Maynard, DJ 30/08/2013.

4 TJRS, AgExPe 408572-84.2011.8.21.7000, 8ª Câm. Crim., rel.ª Des.ª Isabel de Borba Lucas, j. 19/10/2011, DJ 21/11/2011.

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0011352-54.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – FRAÇÃO DIFERENCIADA – NÃO PROVIMENTO.

O sentenciado que cumpre pena pelo crime de associação para o tráfico só faz jus ao livramento condicional após o cumprimento de 2/3 (dois terços) da reprimenda, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas..

Agravo de Execução Penal defensivo a que se nega provimento, ante a inexistência de qualquer ilegalidade no *decisum* combatido.

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, não prover o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 14 de abril de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de Agravo de Execução Penal interposto por Alexsandro de Barros contra a decisão que lhe indeferiu o pedido de afastamento da hediondez em relação ao crime de associação para o tráfico.

Aduz que o delito do art. 35, da Lei de Drogas, não é hediondo e, portanto, deve ser tratado como crime comum para fins da benesse, nos termos do art. 83, do Código Penal.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (f. 22/27).

A decisão combatida foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 28).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento (f. 372/378).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Alexsandro de Barros interpõe Agravo de Execução Penal contra a decisão que lhe indeferiu o pedido de afastamento da hediondez em relação ao crime de associação para o tráfico.

Busca a defesa que seja aplicada a fração de 1/3 (um terço) para fins de livramento condicional, em relação ao crime do art. 35 (associação para o tráfico), da Lei n.º 11.343/06, sob o argumento de que não se trata crime hediondo.

O pleito defensivo não há de ser acolhido.

Com efeito, o crime de associação para o tráfico não é hediondo, vez que não está arrolado no art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, tampouco pode se extrair tal conclusão mediante interpretação do dispositivo do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.

Ocorre que o motivo para que a fração do livramento condicional seja 2/3 (dois terços) encontra-se no art. 44, da Lei n.º 11.343/06, *in verbis*:

> *"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.*
>
> *Parágrafo único.* ***Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena****, vedada sua concessão ao reincidente específico."*
>
> *(Destaques não originais)*

Tal disposição não foi declarada inconstitucional e, portanto, encontra-se em plena vigência, devendo ser aplicada.

O fato do crime de associação para o tráfico não ser considerado hediondo leva à conclusão equivocada de que deva ser tratado como delito comum, com a imposição do *quantum* de 1/3 (um terço) de cumprimento de pena para a concessão do livramento condicional, com base no disposto do art. 83, do Código Penal.

Todavia, olvidam-se os defensores de tal tese que existe um verdadeiro conflito aparente de normas, evidenciando que a solução deve ser encontrada de acordo com as regras de hermenêutica, notadamente, o princípio da especialidade, segundo o qual lei especial prevalece sobre lei geral.

In casu, a Lei de Drogas é norma especial e deve ser aplicada em detrimento do Código Penal, que, neste aspecto, afigura-se subsidiário.

A propósito colhem-se arestos:

> *"Inobstante a Lei n.º 11.343/06 dispor que os condenados pela prática do crime de associação para o tráfico não podem obter os benefícios do sursis, graça, indulto, anistia, liberdade provisória ou a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, dando a tal delito quase tratamento idêntico àqueles que ostentam a natureza hedionda, de acordo com o texto constitucional que apresenta rol taxativo no tocante aos delitos equiparados aos hediondos, não pode o crime do artigo 35 do referido diploma legal ser a eles equiparados. Assim, apesar de a condenação por tal infração acarretar praticamente todas as consequências de um crime hediondo, não pode ser a ele equiparado, sendo possível a progressão de regime com o cumprimento de 1/6 da pena,* ***apesar de somente ser possível o livramento condicional quando cumprido 2/3 da sanção aplicada. Apesar de não se tratar de crime assemelhado aos hediondos, não ofende qualquer princípio constitucional a opção do legislador em somente permitir o livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena****, falecendo a câmara reconhecer eventual inconstitucionalidade da norma por força do princípio da reserva de plenário e o disposto na Súmula vinculante nº. 10 do STF."* [1]
>
> *(Destaques não originais)*

1 TJRJ, HC 0013457-12.2014.8.19.0000, 1ª Câm. Crim., rel. Des. MARCUS HENRIQUE PINTO BASILIO, j. 01/04/2014, DO 03/04/2014.

"AGRAVO EM EXECUÇÃO – TRÁFICO PRIVILEGIADO – REQUISITO OBJETIVO PARA CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL – NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA PARA A CONCESSÃO DA BENESSE.

1. O agravante mostrou inconformidade com decisão que indeferiu o livramento do apenado. Alega, em síntese, que o apenado já cumpriu o requisito objetivo para a concessão do benefício.

2. De acordo com os art. 83, V, do CP e art. 44, par. ún., da Lei n.º 11.343/06, exige-se o cumprimento de 2/3 da pena para os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Entendimento jurisprudencial. *Agravo improvido."* [2]

(Destaques não originais)

"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS – REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO – IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

I. Não satisfeito o requisito temporal exigido pelo art. 83 do CP, incabível a concessão do benefício do livramento condicional. ***II. Para o réu condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas obter o livramento condicional é preciso que ele cumpra mais de dois terços (2/3) de sua pena, independente da natureza do delito, em obediência aos aos art. 83, V, do CP, cominado com o art. 44, parágrafo único, da Lei n.º 11.343/06."*** [3]

(Destaques não originais)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Alexsandro de Barros, mantendo a decisão combatida em todos os seus termos.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (1º Vogal)

De uma análise detalhada dos autos, ouso divergir do e. relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar, por entender que o agravo comporta provimento.

Pois bem. O artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, declinou à lei ordinária a definição dos crimes hediondos, sendo então previsto na Lei 8.072/90, em seu art. 1° um rol taxativo, destes delitos, dentre os quais não encontra o crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/06.

Assim, o crime de associação para o tráfico de entorpecentes não se amolda à natureza de crime equiparado a hediondo, como ocorre com o delito previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Deste modo, não pode a legislação ordinária, ainda que por via obliqua, equipará-lo aos delitos cuja hediondez é característica, exigindo-se maior rigor na execução de suas penas.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. EXIGÊNCIA DO

2 TJRS, AG 457000-29.2013.8.21.7000, 1ª Câm. Crim., rel. Des. Júlio Cesar Finger, j. 12/02/2014, DJ 07/03/2014.

3 TJMG, AG-Ex 0469822-23.2013.8.13.0000, 1ª Câm. Crim, rel. Des. Alberto Deodato Neto, j. 08/10/2013, DJ 18/10/2013.

CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal. ***O delito de associação para o tráfico não possui natureza hedionda, razão pela qual não se impõe, para fins de concessão do benefício do livramento condicional, o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena.*** *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reformar a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais, não se exigindo para fins de concessão do benefício do livramento condicional o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, como requisito objetivo. (HC 258.188/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 12/04/2013)*

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. HEDIONDEZ. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA. 1. ***"Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o delito de associação para o tráfico não possui natureza hedionda, razão pela qual não se impõe um interstício mais gravoso para obtenção do livramento condicional"*** *(HC 175.671/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 01/08/2011). 2. Ordem concedida para, quanto ao crime de associação para o tráfico, afastar da condenação o reconhecimento de sua hediondez, não se exigindo, por conseguinte, para fins de concessão do benefício do livramento condicional, o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, como requisito objetivo. (HC 221.254/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 02/03/2012)*

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DELITO NÃO EQUIPARADO AOS CRIMES HEDIONDOS. ATESTADO DE PENA. NECESSÁRIA RETIFICAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1- O ***delito inserto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006 (associação para o tráfico) não é previsto como crime hediondo, nem mesmo a eles é equiparado, sendo defeso conferir interpretação que amplie o rol taxativo da Lei nº 8.072/1990, sob pena de violação ao princípio da legalidade.*** *2- Tratando-se de delito comum, a sanção relativa ao crime de associação para o tráfico deve ser lançada em campo próprio do atestado de pena. 3- Agravo provido. (TJMG; AG-ExP 1.0647.13.008856-8/001; Relª Desª Beatriz Pinheiro Caires; Julg. 13/02/2014; DJEMG 24/02/2014)*

AGRAVO EM EXECUÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. DELITO COMUM. EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE 1/3 DA PENA. ARTIGO 83, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. ***O requisito objetivo para o benefício do livramento condicional, em relação ao crime de associação para o tráfico, é de 1/3 da pena, nos termos do artigo 83, inciso I, do Código Penal.*** *A exigência do cumprimento de 2/3 da pena para a concessão do benefício equivale a equiparar a hediondo o delito comum, impondo-se maior rigor na execução da pena, o que se afigura desproporcional. Precedentes do STJ e TJRS. Agravo provido. (TJRS; AG 349024-60.2013.8.21.7000; Porto Alegre; Terceira Câmara Criminal; Relª Desª Jayme Weingartner Neto; Julg. 19/12/2013; DJERS 04/02/2014)*

AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. Indeferimento fundado na ausência e cumprimento de tempo mínimo. Concurso de crimes. Concorrência de um tipo equiparado a hediondo (tráfico de drogas) e outro comum (associação para o tráfico). Soma de condenações. Necessidade de cisão para verificação do tempo mínimo necessário, para cada crime (cumprimento de 2/3 da pena em relação ao primeiro, e de 1/3 em relação ao segundo). Requisito objetivo comprido. Necessidade, todavia, de aferição do requisito subjetivo, na ausência de informações atualizadas. Recurso provido em parte. (TJSC; AG 2013.016219-7; Rio do Sul; Segunda Câmara Criminal; Rel. Desig. Des. Ricardo Roesler; Julg. 23/07/2013; DJSC 07/08/2013; Pág. 553)

EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AGRAVANTE CONDENADA PELOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. Concessão do benefício somente após o cumprimento do lapso temporal de 2/3 do crime hediondo, mais 1/3 do crime comum, como é considerado o de associação para o tráfico (artigo 83, incisos I e V, Código Penal). Requisito objetivo não preenchido. Decisão mantida. Agravo improvido. (TJSP; AG-ExPen 0573910-57.2010.8.26.0000; Ac. 5108697; São Paulo; Quinta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Tristão Ribeiro; Julg. 05/05/2011; DJESP 18/05/2011)

Com efeito. É que somente crimes hediondos ou assemelhados, cujo rol está elencado nos artigos 1º e 2º da Lei 8.072/90 tem o patamar de 1/3 alterado para 2/3 para fins de livramento condicional.

Assim, tendo em vista que o delito previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 não é equiparado a hediondo, porquanto se trata de delito autônomo do previsto no artigo 33 da mesma lei, deve obedecer à sistemática dos delitos comuns.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto por ALEXSANDRO DE BARROS para conceder livramento condicional em relação ao crime de associação para o tráfico, mediante o cumprimento de 1/3 da pena.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (2º Vogal)

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, não proveram o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º 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, 14 de abril de 2014.

***

Órgão Especial
Petição n. 4013715-80.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – QUEIXA CRIME – EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES – ARTIGO 345 DO CÓDIGO PENAL – PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL, UTILIZAÇÃO DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA E INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL – REJEITADAS – ILÍCITO DE NATUREZA CIVIL – ATIPICIDADE DE CONDUTA – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – QUEIXA REJEITADA.

Embora a doutrina e jurisprudência caminhem, no sentido de admitir a ação penal subsidiária da pública, somente quando a denúncia não for oferecida no prazo legal, a hipótese concreta, por o procedimento envolver uma Procuradora de Justiça, reveste-se de peculiaridade, fugindo, com isso, à regra geral, estabelecida no artigo 29, do Código de Processo Penal.

Tem-se, como razoável, que a parte, eventualmente insatisfeita com a inércia, ainda que motivada, do Ministério Público, possa por outras vias exercer o seu direito de ação, garantido constitucionalmente (art. 5º, LIX da CF), sem que isso represente ofensa, nesse particular, à titularidade do *Parquet*.

A inclusão de terceiros no polo passivo é possível somente quando eles agirem de acordo com a dinâmica prevista no artigo 345 do CP, o que não ocorreu na espécie.

Para caracterizar ato ilícito, é preciso que a conduta do agente represente, fielmente, o tipo penal incriminador inserido na norma, sob pena de atipicidade de conduta. Assim, demonstrando o cenário apresentado nos autos, que o conflito é inerente ao costumeiro embate entre inventariante e herdeiro, refugindo, portanto, da conduta prevista no artigo 345 do CP, a queixa – crime deve ser rejeitada, máxime em prestígio ao princípio da intervenção mínima, que agrega conteúdo valorativo às normas penais incriminadoras, permitindo ao julgador excluir aquelas condutas ínfimas para o Direito Penal.

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, em parte com o parecer, rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, rejeitar a queixa-crime, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, MS, 16 de abril de 2014.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator.

RELATÓRIO

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Trata-se de Queixa – Crime ofertada por C. H. R. do V. em razão da suposta prática, pela requerida, M. C. C. B., do crime tipificado no artigo 345, do Código Penal (fls. 1/11).

Alega que a querelada se passou por proprietária do apartamento n. 151, do Condomínio Marrion Luxury Edition, situado na Rua Caiubi, n. 489, Perdizes, na Capital do Estado de São Paulo, pertencente ao Espólio de M. A. M., enganando os funcionários do edifício e, após ser removida do cargo de inventariante, impediu o ingresso do novo inventariante, ora querelante, no imóvel, entre os dias 17/06/2013 a 26/07/2013, descumprindo o dever legal previsto no art. 998, do Código de Processo Civil, para satisfazer pretensão que alega possuir, qual seja, fruição da herança de M. A. M.

Devidamente notificada, a querelada apresentou defesa prévia às fls. 113/125, deduzindo, preliminarmente, a inépcia da inicial e ausência de justa causa para instauração da ação penal, uma vez que o querelante não teria descrito nenhuma conduta que se subsuma ao crime a ela imputado.

No mérito, a querelada pugna pelo não recebimento da queixa, devido à absoluta impossibilidade jurídica da existência do delito, já que, segundo ela, exercia composse do apartamento com M. A. M., tendo, inclusive, ajuizado ação de reconhecimento de união estável, em trâmite perante a 6ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de São Paulo – SP.

Levando em conta que a querelada juntou novos documentos, foi aberto vista ao querelante, a teor do artigo 5º, da Lei n. 8.038/90, que se manifestou às fls. 492/520.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fl. 534/550, suscita preliminares de: a) impossibilidade de revisão judicial de decisão de arquivamento proferida no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça; b) descabimento do uso da ação privada subsidiária nos casos em que o inquérito policial foi tempestiva e motivadamente arquivado; c) violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal privada. No mérito, opina pela rejeição da queixa-crime.

VOTO

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (Relator).

Trata-se de Queixa-Crime ofertada por C. H. R. do V. em razão da suposta prática, pela querelada, M. C. C. B., do crime tipificado no artigo 345[4], do Código Penal (fls. 1/11).

Alega que a querelada se passou por proprietária do apartamento n. 151, do Condomínio Marrion Luxury Edition, situado na Rua Caiubi, n. 489, Perdizes, na Capital do Estado de São Paulo, pertencente ao Espólio de M. A. M., enganando os funcionários do edifício e, após ser removida do cargo de inventariante, impediu o ingresso do novo inventariante, ora querelante, no imóvel, entre os dias 17/06/2013 a 26/07/2013, descumprindo o dever legal previsto no art. 998, do Código de Processo Civil, para satisfazer pretensão que alega possuir, qual seja, fruição da herança de M. A. M.

Devidamente notificada, a querelada apresentou defesa prévia às fls. 113/125, deduzindo, preliminarmente, a inépcia da inicial e ausência de justa causa para instauração da ação penal, uma vez que o querelante não teria descrito nenhuma conduta que se subsuma ao crime a ela imputado.

4 Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:
Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.
Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

No mérito, a querelada pugna pelo não recebimento da queixa, devido à absoluta impossibilidade jurídica da existência do delito, já que, segundo ela, exercia composse do apartamento com M. A. M, tendo, inclusive, ajuizado ação de reconhecimento de união estável, em trâmite perante a 6ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de São Paulo-SP.

Levando em conta que a querelada juntou novos documentos, foi aberta vista ao querelante, a teor do artigo 5º, da Lei n. 8.038/90, que se manifestou às fls. 492/520.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fl. 534/550, suscita preliminares de: a) impossibilidade de revisão judicial de decisão de arquivamento proferida no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça; b) descabimento da ação privada subsidiária nos casos em que o inquérito policial foi tempestiva e motivadamente arquivado; c) violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal privada. No mérito, opina pela rejeição da queixa-crime.

Por questão de prejudicialidade, passo à análise das preliminares.

I – Impossibilidade de revisão judicial da decisão de arquivamento. Do manejo da ação penal privada subsidiária da pública, nessa hipótese.

A Procuradoria-Geral de Justiça vislumbra a impossibilidade jurídica do procedimento adotado pelo querelante, pois o arquivamento determinado pelo Procurador-Geral só poderia ser revisto pelo Colegiado de Procuradores, a pedido do interessado.

Acrescenta que o querelante, em um primeiro momento, teria comunicado a ocorrência de crime de desobediência, concomitantemente ao delito de exercício arbitrário das próprias razões, afigurando-se impossível o manejo da ação privada nesses moldes.

Acrescenta que segundo o artigo 29[5], do Código de Processo Penal a ação penal subsidiária da pública somente seria cabível, caso a denúncia não tivesse sido oferecida no prazo legal, situação não observada na hipótese em julgamento.

Embora a doutrina e jurisprudência caminhem, no sentido da disposição acima, em razão do procedimento envolver uma Procuradora de Justiça, está revestido de peculiaridade, fugindo, com isso, à regra geral, estabelecida no mencionado artigo 29, do Código de Processo Penal.

Nesse particular, tem-se como razoável que a parte, eventualmente insatisfeita com a inércia, ainda que motivada, do Ministério Público, possa, por outras vias, exercer o seu direito de ação, garantido constitucionalmente (art. 5º, LIX da CF), sem que isso represente ofensa, nesse particular, à titularidade do *Parquet*.

A despeito de ter vislumbrado, em um primeiro momento, a ocorrência do crime de desobediência (art. 330 do CP), o querelante concluiu que teria havido somente o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP) e por isso utiliza da presente queixa-crime para ter os fatos apurados na esfera judicial -, restando, com isso, prejudicado, qualquer possibilidade de imputar à querelada a prática daquele ilícito (desobediência).

Assim, rejeito a preliminar de impossibilidade de revisão judicial da decisão de arquivamento arguída pela Procuradoria-Geral de Justiça.

5 Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

I.a) – Violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal privada (Artigos 48[6] e 49[7] do CPP).

Segundo o Ministério Público, em seu parecer, o ato comissivo, que supostamente teria obstado o acesso do querelante ao imóvel, não foi praticado pessoalmente pela querelada, mas pelo zelador, pelo subsíndico e esposa do síndico do Condomínio Marrion Luxury Edition, a teor do parágrafo final, às fl. 21 (da inicial).

Desse modo, seria imprescindível a inclusão deles no polo passivo da ação penal privada, já que todos concorreram para a ocorrência do suposto crime (exercício arbitrário das próprias razões).

Contudo, como restou de forma clara nos autos, o envolvimento de terceiros (funcionários do condomínio) na conduta em análise, teria se dado por ordem da querelada, detentora do possível direito, que alega ter sido exercido de maneira abusiva, portanto, sem o elemento volitivo (dolo simples e qualificado) necessário para a configuração do crime previsto, no artigo 345, do Código Penal, em relação eles.

Assim, *in casu*, não se aplica o comando do artigo 48 e tampouco do 49, ambos do Código de Processo Penal, razão por que rejeito a preliminar de violação da indivisibilidade da ação penal também arguída pela Procuradoria – Geral de Justiça.

I.c) – Inépcia da inicial e ausência de justa causa.

A preliminar em tela, arguída na defesa prévia da querelada, se confunde com o mérito, por isso, com ele será analisada.

II – Mérito.

Na fase de recebimento da queixa – crime, se deve verificar a presença dos elementos mínimos estabelecidos no artigo 41[8], do Código de Processo Penal, a fim de averiguar se ela reúne condições de processamento.

Dentre os elementos obrigatórios, para a aptidão da queixa, não há nenhuma discussão sobre a presença de dois deles – a qualificação da querelada e a classificação do crime –, eis que a inicial traz uma qualificação bastante completa, sendo certo que não há dúvida a respeito da classificação.

O aspecto pelo qual a querelada pretende que a denúncia seja considerada inepta, certamente, é no que tange ao último elemento – a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias.

Sobre esse aspecto, a circunstância fática, entorno dos atos supostamente criminosos é de grande relevância para formar a linha de convencimento, que justificará a conclusão ao final apresentada.

Ato contínuo ao falecimento de M. A. M., querelante e querelada deram início ao inventário dos seus bens. O querelante, perante a 7ª Vara da Família e Sucessões (Processo n. 0024922-48.2013.8.011 – em 04.04.2013) e a querelada, perante a 9ª Vara da Família e Sucessões (processo n.º 0024224-42.2013.8.26.0100 em 01.04.2013) , ambas do Foro Central da Comarca de São Paulo – SP, sendo os dois nomeados inventariantes, cada um no respectivo feito.

6 Art. 48. A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

7 Art. 49. A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.

8 Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Na espécie, as partes litigam, nos autos do inventário dos bens deixados por M. A. M., em trâmite perante a 9ª Vara da Família e Sucessões do Central, feito n.º 0024224-42.2013.8.26.0100, tendo sido a querelada, inicialmente, nomeada inventariante (fls. 57/61).

Assim, na condição de inventariante, tomou posse dos bens, ficando responsável pela administração. Ocorre que após alguns dias, o magistrado responsável pelos autos do inventário, tornou sem efeito o ato de nomeação, nomeando o querelante como inventariante, uma vez que a ordem legal prevista no artigo 990, do Código de Processo Civil, não havia sido respeitada, tendo em vista que o testamento deixado por M. A. M., conferiu todo o seu patrimônio a ele, ora querelante (C. H. R. do V.).

Paralelo a isso, a querelada ajuizou (02.05.2013) ação de reconhecimento de união estável em face do espólio de M. A. M., em trâmite perante a 6ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central da Comarca de São Paulo.

Independentemente se havia ou não união estável entre a querelada e M. A. M., o que está sendo objeto de análise nos autos da ação de ordinária mencionada, não há como negar que ela frequentava o apartamento n.º 151, do Condomínio Marrion Luxury Edition, situado na Rua Caiubi, n.º 489, Perdizes, na Capital do Estado de São Paulo, e por isso os funcionários do prédio seguiram as suas orientações, em razão da dúvida, quanto à efetiva propriedade do bem.

A posse da querelada foi adquirida legalmente, eis que permaneceu como inventariante, por aproximadamente 10 dias. Ao ser destituída, deveria, a teor do artigo 998, do Código de Processo Civil, ter entregue a administração, o que não ocorreu, segundo a inicial.

Pretextado artigo 998 do CPC prevê, ainda, a possibilidade de expedição de mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, quando o inventariante removido se recusar a devolver a administração dos bens que lhe foram confiados.

A par disso, a situação fática, relatada na inicial, se resume ao seguinte acontecimento:

> *"Narram os documentos anexos que, a querelada M. passou-se por proprietária do apartamento n.º 151, do Condomínio Marrion Luxury Edition, situado na Rua Caiubi, n.º 489, Perdizes, na Capital do Estado de São Paulo, pertencente ao espólio de M. A. M., enganando os funcionários de tal edifício e, após ser removida do cargo de inventariante de tal espólio, impediu o ingresso do novo inventariante, o querelante C., no referido imóvel, entre os dias 17/06/2013 a 26/07/2013, descumprindo dever legal previsto no art. 998, do Código de Processo Civil, para satisfazer pretensão que alega possuir, qual seja, fruição da herança de M. A. M."*

Nessa ordem de idéias, se verifica que a conduta acima descrita está diretamente relacionada ao conflito existente nos autos do inventário, logo, de natureza civil. Tanto é que a própria legislação citada pelo querelante (art. 998 do CPC) prevê a hipótese de o inventariante removido não efetuar a entrega dos bens, estabelecendo, outrossim, as medidas judiciais que poderão ser adotadas nesses casos, como, efetivamente, fizera o querelante.

Em linha gerais, com vimos de ver, foi exatamente o que aconteceu, ou seja, a querelada foi substituída do cargo e se recusou a entregar a posse do citado apartamento ao querelante, por esse motivo, o magistrado condutor do feito determinou o arrombamento da porta do apartamento (fls. 94/95). Afirmar aos funcionários do prédio que ela era a proprietária está em um plano secundário, eis que foi o meio utilizado para alcançar o objetivo principal, qual seja, permanecer no imóvel, objeto da ação de inventário, cujos bens foram administrados, inicialmente, por ordem judicial, pela querelada.

O cenário apresentado nestes autos, consequentemente, é inerente ao costumeiro conflito entre inventariante e herdeiro, refugindo, portanto, da conduta prevista no artigo 345 do CP, máxime em prestígio ao princípio da intervenção mínima, que agrega conteúdo valorativo às normas penaisincriminadoras, permitindo ao julgador excluir aquelas condutas ínfimas para o Direito Penal.

Sobre esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal, de forma elucidativa, ao abordar a matéria, afasta, de plano, a incidência do artigo acima mencionado, em casos de defesa de posse de bens. Vejamos:

> *"Constitui elemento normativo do tipo do exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345) o não enquadrar-se o fato numa das hipóteses excepcionais em que os ordenamentos modernos, por imperativos da eficácia, transigem com a autotutela de direitos privados, que, de regra, incriminam: o exemplo mais frequente de tais casos excepcionais de ilicitude da autotutela privada está na defesa da posse, nos termos admitidos no art. 502 C.Civil."*[9]

No caso concreto, a querelada nada mais fez do que defender a posse do imóvel do qual entende possuir direitos, independentemente da procedência ou não dessa assertiva e dos argumentos e meios utilizados.

> *"Desse modo, saber quem detinha a posse no momento do fato constitui questão prejudicial heterogênea da existência daquele crime atribuído ao agente que pretende ter agido na defesa de sua posse contra quem jamais a detivera" (JSTF 233/342).*

Observava Maggiore (Diritto Penale, 1.953, p. 137), "*que a coisa ou o direito sobre o qual recai a ação devem estar na posse ou no gozo atual de outrem, ou seja, de pessoa diversa do agente*". É também o que ensinava Carrara: "*O ato externo deve privar outrem, contra a sua vontade, de um bem que goza. O que se acha no gozo de um bem e continua a usufruí-lo, a despeito de quem não o quer, não delinque, porque a lei protege o statu quo, que não pode variar senão pelo consentimento dos interessados ou por decreto judicial*." (Programa del corso di diritto criminale, § 2.851).

É de se verificar, com isso, da narrativa acima, a manifesta atipicidade de conduta, porquanto os atos praticados pela querelada configuram, à toda evidência, mero ilícito civil, que melhor se encaixa no artigo 998, do CPC do que no artigo 395, do CP.

Pelos documentos constantes dos autos sobressai a certeza quanto à atipicidade de conduta da querelada, sendo desnecessário instrução processual para esclarecimentos dos pontos relevantes, pelo que se mostra dispensável a juntada do inquérito policial requerida pelo querelante.

Analisando todos os fatos ocorridos, verifica-se que não existe uma base empírica mínima a respaldar a peça vestibular, de modo a torná-la plausível. Dessa feita, ausentes indícios de que a conduta da querelada represente crime em tese, conforme exigido em lei, resta ausente a justa causa, que constitui um dos requisitos de admissibilidade da queixa.

Sobre a justa causa para a ação penal, elucida o autor Julio Fabbrini Mirabete:

> *"É realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova para que a ação penal tenha condições de viabilidade, caso contrário não há justa causa para o processo. Só há legitimação para agir no processo penal condenatório quando existir o fumus boni iuris que ampare a imputação. Tem-se exigido, assim, que a inicial venha acompanhada de inquérito policial ou prova documental que a supra, ou seja, de um mínimo de prova sobre a materialidade e autoria, para que se opere o recebimento da denúncia ou da queixa, não bastando a simples versão dada pelo ofendido."*[10]

9 *HC* 75169/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24.06.97.

10 Código de Processo Penal Interpretado, 7ª. Ed, p. 188.

A jurisprudência é pacífica nesse sentido. Confira-se:

> *"Sem que o fumus boni iuris ampare a imputação, dando-lhe os contornos de razoabilidade, pela existência de justa causa, ou pretensão viável, a denúncia ou queixa não pode ser recebida ou admitida. Para que seja possível o exercício da ação penal é indispensável haja, nos autos do inquérito ou na informação ou representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios mais ou menos razoáveis, de que o autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção"*[11]

Nesse passo, ao meu ver e sempre com o merecido respeito, não há como receber a queixa - crime ofertada pelo querelante, eis que relacionada à prática de atos inerentes ao processo de inventário e ação de reconhecimento de união estável, em que as partes litigam.

Em face do exposto, pelos motivos ora delineados, com fundamento no artigo 395, III, do Código de Processo Penal, rejeito a queixa-crime ofertada em face da querelada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, em parte com o parecer, rejeitaram as preliminares arguidas e, no mérito, rejeitaram a queixa-crime, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Josué de Oliveira, Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, MS, 16 de abril de 2014.

***

11 RT, 643/299, 674/341 e 720/442.

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0000396-22.2011.8.12.0053 - Dois Irmãos do Buriti
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME AMBIENTAL – PESCA PREDATÓRIA – ART. 34, *CAPUT*, LEI N. 8.605/98 – RECURSO MINISTERIAL – PRETENSA REFORMA DA DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – RECURSO DESPROVIDO.

I- Na hipótese, muito embora a conduta do recorrido se subsuma à definição jurídica do crime descrito no art. 34, *caput*, Lei n. 8.605/98 e se amolde à tipicidade subjetiva, a referida prática não possui tipicidade material, revelando-se desproporcional a imposição de sanção privativa de liberdade, pois o agente apenas portava petrechos para pesca (03 molinetes), devendo-se ponderar que não houve apreensão de espécimes da fauna local, bem como não se trata de pescador profissional ou de indivíduo propenso à prática criminosa desta estirpe.

II- Assim, tendo em vista que a ofensividade da conduta se mostrou mínima, não havendo nenhuma periculosidade social da ação, sendo a reprovabilidade do comportamento de grau reduzidíssimo e a lesão ao bem jurídico inexpressiva, torna-se, de rigor, a aplicação do Princípio da Insignificância.

III- Recurso desprovido.

Contra o parecer.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de maio de 2014.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, em face da r. decisão de fls. 79-82 que, com fulcro no art. 395, inc. III, do CPP, rejeitou a denúncia apresentada em face de Josevy Araújo Ferreira, pela suposta prática do crime tipificado no art. 34, *caput*, da Lei n. 9.605/98.

Em razões recursais, as fls. 85-99, o representante do órgão ministerial sustenta, em síntese, haver indícios suficientes da ocorrência do crime descrito na prefacial acusatória. Argumenta, concisamente, que a presente conduta é típica, salientando, ainda, ser impossível aplicar o Princípio da Insignificância

em crimes ambientais. Ao final, prequestiona negativa de vigência aos arts. 225 da Constituição Federal e 34 da Lei n. 9.605/98.

A Defensoria Pública Estadual apresentou contrarrazões, as fls. 129-136, combatendo integralmente as argumentações do apelante, pugnando pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, as fls. 142-148, opinou pelo provimento do recurso ministerial, a fim de que a denúncia seja recebida nos termos propostos e o recorrido seja processado como incurso nas sanções do art. 34, *caput*, da Lei n. 9.605/98. Por fim, prequestiona negativa de vigência aos arts. 34, *caput*, e 36, ambos da Lei n. 9.605/98.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, em face da r. decisão de fls. 79-82 que, com fulcro no art. 395, inc. III, do CPP, rejeitou a denúncia apresentada em face de Josevy Araújo Ferreira, pela suposta prática do crime tipificado no art. 34, caput, da Lei n. 9.605/98.

Em razões recursais, as fls. 85-99, o representante do órgão ministerial sustenta, em síntese, haver indícios suficientes da ocorrência do crime descrito na prefacial acusatória. Argumenta, concisamente, que a presente conduta é típica, salientando, ainda, ser impossível aplicar o Princípio da Insignificância em crimes ambientais. Ao final, prequestiona negativa de vigência aos arts. 225 da Constituição Federal e 34 da Lei n. 9.605/98.

A denúncia narra que:

> *"(...) no dia 07 de janeiro de 2011, por volta das 15h30m, no interior da Chácara J.V.M. localizada no Distrito de Palmeiras, município de Dois Irmãos do Buriti, o denunciado JOSEVY ARAÚJO FERREIRA, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, praticou ato tendente a retirar, apanhar e capturar espécimes dos grupos de peixes existentes no interior do Rio Aquidauana, durante o período de defeso conforme estabelecido na Resolução SEMAC n. 22 de 14 de outubro de 2010 que dispôs em seu artigo 1º "proibir a pesca nos rios de domínio do Estado de Mato Grosso do Sul, no período de 05 de novembro de 2010 a 28 de fevereiro de 2011, a fim de permitir a reprodução natural dos peixes".*
>
> *Segundo restou apurado, o denunciado utilizou-se de 03 molinetes, conforme Auto de Apreensão n. 3677 - IMASUL, em anexo, para o fim de apanhar peixes do referido rio durante período proibido pela legislação estadual.*
>
> *Diante do exposto, o Ministério Público denuncia JOSEVY ARAÚJO FERREIRA como incurso nas penas do artigo 34, "caput", da Lei n. 9.605/98 (...)" (fl. 01).*

Em contrarrazões (fls. 129-136), a Defensoria Pública Estadual pugnou pelo não provimento da apelação, com a consequente manutenção da decisão de primeira instância.

Em parecer (fls. 142-148), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso ministerial, devendo-se dar prosseguimento ao processo criminal. Ao final, prequestionou negativa de vigência aos arts. 34, *caput*, e 36, ambos da Lei n. 9.605/98.

Adentro, portanto, ao mérito recursal.

1) Da tipicidade da conduta e da impossibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância em crimes ambientais.

No caso, observa-se que a decisão hostilizada rejeitou a prefacial acusatória oferecida em desfavor do recorrido com fulcro no art. 395, III, do CPP, com arrimo no princípio da insignificância.

Veja-se que, conforme a exordial acusatória e os elementos informativos (fl. 37), o recorrido sequer havia retirado os pescados do rio, tendo apenas confessado ser o proprietário dos petrechos de pesca (03 molinetes) que estavam "armados" no rio.

Ora, *data venia*, observa-se que o presente caso é passível de aplicação do princípio da insignificância não apenas em razão de não ter sido apreendida as espécimes da fauna local, mas sim em decorrência das circunstâncias do caso, em que não se atribuiu ao recorrido pesca profissional ou reiteração em condutas desta estirpe, não registrando ele antecedentes criminais.

Ademais, muito embora pesem os argumentos do d. representante do órgão ministerial tenho que a aplicação do princípio da insignificância faz-se cabalmente possível nos crimes ambientais, desde que presentes os vetores estabelecidos pelo Pretório Excelso, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade do agente, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva.

Oportunamente, eis o entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE PESCA COM PETRECHO NÃO PERMITIDO. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI N.º 9.605/98. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. IRRELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. A aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra o meio ambiente, reconhecendo-se a atipicidade material do fato, é restrita aos casos onde e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. Afinal, o bem jurídico tutelado é a proteção ao meio ambiente, direito de natureza difusa assegurado pela Constituição Federal, que conferiu especial relevo à questão ambiental.*
>
> ***2. Verifica-se que se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela a conduta do Recorrente - sem antecedentes criminais, a quem não se atribuiu a pesca profissional ou reiteração de conduta -, que não ocasionou expressiva lesão ao bem jurídico tutelado, já que foi apreendido apenas petrecho (rede), sem, contudo, nenhum espécime ter sido retirado do local, o que afasta a incidência da norma penal.***
>
> *3. Recurso ordinário provido para, aplicando-se o princípio da insignificância, determinar o trancamento da Ação Penal n.º 5003126-41.2012.404.7101 (...)" (RHC 35.122/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013) (g.n.).*
>
> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. PESCA VEDADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.*
>
> ***1. Os denunciados são pescadores de origem simples, amadorista, sendo apreendida apenas uma rede de nylon e nenhum pescado, o que demonstra a mínima ofensividade da conduta. Ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora (art. 34, caput, da Lei n. 9.605/1998), verificando-se a atipicidade da conduta imputada ao paciente**.*

> *2. Recurso ordinário provido para conceder a ordem e determinar o trancamento da Ação Penal n. 5011231-69.2010.404.7200 (Vara Federal Ambiental e Agrária da Subseção Judiciária de Florianópolis/SC), com extensão ao corréu Claudemir Cláudio (...)" (RHC 33.941/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 17/09/2013) (g.n.).*
>
> *"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CRIME AMBIENTAL. PESCA MEDIANTE PETRECHOS NÃO PERMITIDOS. MÍNIMA OFENSIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCEDIDA A ORDEM EX OFFICIO.*
>
> *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 se fosse um sucedâneo recursal.*
>
> ***2. Aplica-se o princípio da insignificância, reconhecendo a atipicidade material da conduta, consubstanciada em pescar mediante a utilização de petrechos não permitidos, se foi apreendida a ínfima quantidade de um quilo de peixe, o que denota ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado.***
>
> *3. Flagrante ilegalidade reconhecida.*
>
> *4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, ex officio, para trancar a Ação Penal nº 996/2005, da Terceira Vara Criminal da comarca de Bauru/SP, cassando, por conseguinte, a sentença condenatória, decisão que fica estendida (art. 580 do Código de Processo Penal) ao corréu (...)" (HC 178.208/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013) (g.n.).*

Em caso análogo ao presente, trago recente pronunciamento desta Colenda Primeira Câmara Criminal, *in verbis*:

> *"(...) 2. O princípio da insignificância relaciona-se com o fato típico, com a análise do desvalor da conduta e do resultado. O entendimento que vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, com a admissibilidade desse princípio da insignificância, não foi estruturado, no entanto, para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto.* ***Pelo que se denota dos autos, o comportamento do apelante amolda-se à infração disposta no art. 34, parágrafo único, II da Lei 9.605/98. No entanto, carece de tipicidade material. Não se olvide que a conduta criminosa necessita ser potencialmente lesiva ao bem jurídico tutelado, a ponto de justificar a atuação do Direito Penal, o que não ocorre in casu*** *(...)" (TJMS, Apelação Criminal n. 0001182-55.2008.8.12.0026, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Julgado em 11.11.2013) (g.n.).*

É certo, portanto, que a lesividade da conduta do recorrido é ínfima, porquanto ausente a tipicidade material.

No que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias relativas ao que dispõem os arts. 225 da Constituição Federal, 34, *caput*, e 36, ambos da Lei 9.605/98, não merecem abordagem específica, tendo em vista que foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

Ante o exposto, contra o parecer nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra 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. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 26 de maio de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0037462-61.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – ROUBO MAJORADO – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA – APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 231 DO STJ – REGIME SEMIABERTO MANTIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio da insignificância é inaplicável ao delito de roubo, porquanto ofende não apenas o patrimônio subtraído, mas também a integridade física ou emocional da vítima, que não deve ser considerada como irrelevante na esfera penal.

2. Pena-base reduzida em face do afastamento das circunstâncias judiciais da culpabilidade, motivos e consequências do crime. A valoração negativa da culpabilidade pelo magistrado é inidônea, porquanto não há de se valorará-la pelo simples fato da consciência da ilicitude, pois esta é pressuposto para aplicação da pena. Os motivos do crime também devem ser afastados, pois a busca pelo lucro fácil é inerente aos delitos contra o patrimônio. Em relação às consequências do delito, não foi pautada em dados concretos que justifiquem uma elevação da pena-base nesta parte, vez que todo crime de roubo – subtração de coisa alheia mediante violência ou grave ameaça – causa insegurança à sociedade em geral. Desse modo, por não haver justificativa para diferenciar o caso em exame de qualquer outro crime de roubo, não se poderia impor uma pena maior por esse motivo. As circunstâncias do crime são desfavoráveis, pois corretamente valorada pelo magistrado singular na análise do caso concreto.

3. O acusado confessou sem ressalvas o delito em questão, fazendo jus a atenuante da confissão espontânea. Para a configuração da atenuante é exigido somente o aspecto objetivo; ou seja, a livre vontade do agente de admitir a autoria dos fatos imputados, sem constrangimento ou incitação de outrem, o que ocorreu na hipótese, em que o apelante disse ter cometido o ilícito juntamente com um menor.

4. O regime prisional deve permanecer no semiaberto, considerando a primariedade e o *quantum* da pena, nos termos do art. 33, § 2º, "b" do CP.

Em parte com o parecer, recurso defensivo parcialmente provido para reduzir a pena-base e reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

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, dar parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a pena-base e reconhecer a atenuante da confissão espontânea, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 14 de abril de 2014.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Rodrigo Fernandes Pereira, interpôs recurso de apelação criminal contra a sentença que o condenou pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro, à pena unificada de 05 anos e 04 meses de reclusão e 133 dias-multa, em regime semiaberto.

Nas razões de fls. 177-182 requer a absolvição ante aplicação do princípio da insignificância, argumentando o pequeno valor da *res furtiva*. Alternativamente, pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal; reconhecimento da confissão espontânea e a alteração do regime prisional para o mais brando.

As fls. 184-1945 foram apresentadas contrarrazões aos recursos, pugnando pelo improvimento de ambos.

A Procuradoria de Justiça opinou as fls. 197-205 pelo não provimento do apelo defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Rodrigo Fernandes Pereira, interpôs recurso de apelação criminal contra a sentença que o condenou pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro, à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão e 133 dias-multa, em regime semiaberto.

Nas razões de fls. 177-182 requer a absolvição ante a aplicação do princípio da insignificância, argumentando o pequeno valor da res furtiva. Alternativamente, pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal; reconhecimento da confissão espontânea e a alteração do regime prisional para o mais brando.

Do princípio da insignificância.

Inviável a aplicação do referido princípio ao caso, porquanto o delito de roubo não ofende apenas o patrimônio subtraído, mas também a integridade física ou emocional da vítima, que não deve ser considerada como irrelevante na esfera penal.

Nesse sentido destaco precedentes do STJ:

> *HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.*
>
> *REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. PEDIDO DE INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. **A iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça é no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo, exatamente por conta da violência ou grave ameaça, que afastam os requisitos de mínima ofensividade da conduta, de reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e de inexpressividade da lesão jurídica.***
>
> *2. No tocante ao furto qualificado, revela-se também inviável a aplicação do princípio da insignificância ou o reconhecimento da forma privilegiada.*
>
> *3. Em que pese os produtos subtraídos não serem de valor expressivo - oito barras de chocolate de marcas diversas, duas barras de cereal, outras cinco unidades de chocolate*

e uma embalagem de balas de menta -, a forma como o delito foi cometido revela a reprovabilidade comportamento do agente, que se valeu do auxílio de diversos comparsas, dentre eles menores de idade, para invadir estabelecimento comercial e subtrair produtos. Após a empreitada, agrediram duas pessoas e subtraíram seus pertences.

4. Impossível o exame do pleito de progressão de regime prisional, visto que não constituiu objeto do acórdão atacado.

5. Habeas corpus em parte conhecido e, nessa extensão, denegado."

(HC 125.993/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 18/06/2012, DJe 27/06/2012) – destaquei.

Conclui-se, então, que o caso em apreço não é daqueles que permitem a aplicação do princípio da insignificância em virtude da conduta do réu.

Pena-base

O recorrente pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal.

Transcrevo trecho da sentença:

"(...)

A sua culpabilidade restou demonstrada, pois imputável, tinha o apenado, na época dos fatos, plena consciência da ilicitude de seu agir, exigindo-se conduta diversa, preenchendo, desta forma, os requisitos prévios da culpabilidade; os antecedentes são bons, posto a inexistência de inquéritos policiais e processos criminais; sua conduta social não ficou apurada nos autos o que torna a valoração de sua personalidade um dado impreciso e inconfiável; que o motivo, estímulo primário da conduta, é injustificável, vez que buscava auferir vantagem às custas de outrem em conduta totalmente reprovável; as circunstâncias são desfavoráveis, pois o delito foi cometido em local público; que as conseqüências foram sérias, pois a ação do condenado certamente causou trauma psicológico na vítima, quiçá com seqüelas irreversíveis; que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito. Bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo como pena-base para o réu, em 05 (cinco) anos de reclusão, e para a pena pecuniária em 150 (cem) dias-multa.

(...)" (fl. 159)

Como se vê, foram consideradas desfavoráveis ao apelante, a culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências.

A valoração negativa da culpabilidade**,** em razão da imputabilidade do autor não diz respeito à referida circunstância judicial, pois se refere à estrutura do fato típico. Tal circunstância judicial manifesta-se pelo grau de reprovabilidade do comportamento do réu, sendo que a fundamentação de que o réu tinha *"plena consciência da ilicitude de seu agir, exigindo-se conduta diversa, preenchendo, desta forma, os requisitos prévios da culpabilidade",* não corresponde è referida moduladora, posto que se o agente não tivesse agido com culpabilidade ou se não tivesse consciência da ilicitude do que fazia, não teria sido condenado.

Portanto, não há de se valorar negativamente a culpabilidade pelo simples fato da consciência da ilicitude, pois esta é pressuposto para aplicação da pena.

Quanto à maduladora do motivo do crime, também deve ser afastada, pois a busca pelo lucro fácil é inerente aos delitos contra o patrimônio.

As circunstâncias do crime lhe são desfavoráveis, vez que o apelante praticou o crime em via pública, sendo que ao perguntar a hora para a vítima, esta utilizou seu aparelho celular, momento em que o réu com um canivete e o adolescente com uma arma de choque anunciaram o roubo, o que demonstra maior audácia do agente para a prática delitiva.

Em relação às consequências do delito, não foram expostos dados concretos, que justifiquem uma elevação da pena-base nesta parte, pois todo crime de roubo – subtração de coisa alheia mediante violência ou grave ameaça – causa insegurança à sociedade em geral. Desse modo, por não haver justificativa para diferenciar o caso em exame de qualquer outro crime de roubo, não se poderia impor uma pena maior por esse motivo. Ademais, o trauma causado à vítima não restou comprovado.

Conclui-se que há apenas uma circunstância judicial desfavorável ao réu – circunstâncias do crime -, o que não permite aplicação da pena-base no mínimo legal.

Desta forma, altero a pena-base para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses. Sabidamente, a pena de multa deve acompanhar a pena corpórea na mesma proporção, devendo ser reduzia para 15 (quinze) dias-multa.

Confissão espontânea

Quanto ao pretendido reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, acolho a presente irresignação, pois o apelante confessou a prática do delito em questão.

Destaco o depoimento judicial do recorrente:

> *"(...) JUIZ: Essa acusação, é verdadeira, não é o que você tem a alegar a respeito?*
>
> *RÉU: É verdadeira.*
>
> *JUIZ: Como é que foi isso?*
>
> *RÉU: Eu estava no terminal, aí eu estava com meu canivete de laquear fumo, o outro menino tinha outro negócio...*
>
> *JUIZ: Estava você e esse seu amigo?*
>
> *RÉU: (Ininteligível) esperando ônibus para ir para a escola, ainda peguei o ônibus errado, eu e ele, descemos ali atrás do Vespasiano, aí ele falou que tinha visto uns guris lá do bairro dele fazendo isso...*
>
> *JUIZ: Isso o quê?*
>
> *RÉU: Assalto, essas coisas, roubar boné em shopping, essas coisas, aí a gente foi meio que no impulso né...*
>
> *JUIZ: Então você estava no ponto e encontrou ele no ponto?*
>
> *RÉU: No terminal (ininteligível).*
>
> *JUIZ: Você encontrou ele casualmente no terminal?*
>
> *RÉU: (Ininteligível).*
>
> *JUIZ: Que é um adolescente chamado...?*
>
> *RÉU: Eu não gosto de trabalhar com nome senhor, não vou responder não.*

JUIZ: Ele foi apreendido aquele dia, ele está respondendo o processo.

RÉU: (Ininteligível).

JUIZ: Tá. Aí vocês desceram próximos a Escola Vespasiano Martins?

RÉU: Vespasiano Martins.

JUIZ: Ali tiveram a ideia de praticar algum assalto?

RÉU: A gente dentro do ônibus já estava conversando sobre esse negócio, aí foi meio que na pilha, foi na cabeça e deu no que deu.

JUIZ: Tá. Aí vocês estavam andando na rua, você e seu amigo, e viram a vítima passar?

RÉU: É.

JUIZ: Tá. Aí como é que foi a abordagem?

RÉU: Primeiramente a gente perguntou as horas, aí nisso que a gente perguntou as horas o outro moleque já pegou e já tirou o outro negócio que ele estava, apontou para o guri e falou: Oh, eu quero o seu celular e o relógio, só que o guri começou a demorar, eu falei: Não, deixa o chip com ele, porque contato né, fui roubado também, celular e tal..., pelo menos devolver o chip...

JUIZ: Tá. Vocês levaram o celular?

RÉU: Celular.

JUIZ: O que mais?

RÉU: Só. *(...)" (fls. 123-126) - destaquei*

Como se vê, o acusado confessou sem ressalvas o delito em questão.

Para a configuração da atenuante é exigido somente o aspecto objetivo; ou seja, a livre vontade do agente de admitir a autoria dos fatos imputados, sem constrangimento ou incitação de outrem, o que ocorreu na hipótese, em que o apelante disse ter cometido o ilícito juntamente com um menor.

Assim, na segunda fase, reconhecida a atenuante da confissão espontânea e presente a atenuante da menoridade relativa aplicada pelo sentenciante, fica a pena em 04 anos e 10 dias-multa, em observância à Súmula 231 do STJ.

Cumpre registrar que a pena não pode ser minorada em face das referidas atenuantes aquém do mínimo legal, porquanto tal medida choca-se com o dever de observância aos parâmetros mínimo e máximo fixados na norma tipificadora, sob pena de violar frontalmente o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5°, XXXIX da CF, que serve não só ao réu, mas à segurança jurídica. Portanto, é dentro dessa concepção mais ampla que os princípios constitucionais devem ser analisados e conjugados, não havendo como negar a prevalência do princípio da legalidade ou da reserva legal, que, aliás, vige de forma soberana no âmbito de Direito Penal.

Nesta senda o pedido encontra óbice intransponível também na jurisprudência em face do Enunciado da Súmula 231 do STJ, *verbis: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".*

É certo que o princípio da individualização da pena, previsto art. 5º, XLVI da Constituição Federal, é uma das mais importantes garantias asseguradas ao réu, de ter uma pena justa e proporcional ao ilícito cometido, mas há também que obedecer ao princípio da reserva legal como fonte de segurança jurídica.

Sobre o assunto, valiosa a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI [1], o qual ensina que:

> *"as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir a orientação do legislador".*

Na terceira fase, diante da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º I e II do CP, reconhecida em primeiro grau no patamar de 1/3, resta a pena em 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa, que a torno definitiva na ausência de outros elementos.

Por conseguinte, o regime prisional deve permanecer no semiaberto, considerando a primariedade e o *quantum* da pena, nos termos do art. 33, § 2º, "b" do CP.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena-base e reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a pena-base e reconhecer a atenuante da confissão espontânea, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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, 14 de abril de 2014.

***

1 Código Penal Comentado, 5ª ed., Editora RT, p. 354.

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0041869-76.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME – EXAME CRIMINOLÓGICO – DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ – NECESSIDADE NO CASO CONCRETO – EXAME QUE INDICA A INAPTIDÃO À PROGRESSÃO AO REGIME MAIS BRANDO – MANTIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

A Lei n. 10.792/2003 tornou prescindível a realização de exames técnicos para a progressão de regime e livramento condicional, ao dar nova redação ao art. 112 da LEP, contudo, ditos estudos podem ser realizados caso o Magistrado *a quo*, em prudente análise do processo, conceba a existência de razões fáticas concretas que imponham sua confecção. Nesse sentido é a Sumúla Vinculante n. 26 do Supremo Tribunal Federal.

In casu, após a realização do exame criminológico, ficou constatado que o paciente apresenta indícios de que voltará a delinquir, demonstrando alto índice de desajustamento psicossocial, e que não possui elementos positivos para progredir de regime sem colocar em risco os bens jurídicos da sociedade.

Com o parecer, nego provimento ao recurso.

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, 16 de junho de 2014.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de agravo em execução interposto por João Antunes, inconformado com a respeitável decisão do Juízo da 1.ª Vara de Execução Penal desta Capital, que indeferiu a progressão de regime prisional, ante a falta de preenchimento do requisito subjetivo atestado no exame criminológico.

Alega, em síntese, que o Conselho Federal de Psicologia proíbe a realização do prognóstico criminológico de reincidência e aferição de periculosidade, e que este deve estar restrito a condenados por crime hediondo ou equiparados pra fins de progressão de regime.

Pretende a reforma do julgado, para que seja dispensado o exame criminológico, bem como seu desentranhamento dos autos, ou alternativamente a impugnação de quesitos que violam a Resolução CFP n°12/2011 e a elaboração de novo exame.

O Ministério Público em contrarrazões pugna pelo não provimento do recurso. (fls.42-66).

O magistrado manteve a decisão recorrida por seus próprios fundamentos (fl. 67).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela manutenção da decisão agravada (f. 520-526).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de agravo em execução interposto por João Antunes, inconformado com a respeitável decisão do Juízo da 1.ª Vara de Execução Penal desta Capital, que indeferiu a progressão de regime prisional, ante a falta de preenchimento do requisito subjetivo atestado no exame criminológico.

Alega, em síntese, que o Conselho Federal de Psicologia proíbe a realização do prognóstico criminológico de reincidência e aferição de periculosidade, e que este deve estar restrito a condenados por crime hediondo ou equiparados pra fins de progressão de regime.

Pretende a reforma do julgado, para que seja dispensado o exame criminológico, bem como seu desentranhamento dos autos, ou alternativamente a impugnação de quesitos que violam a Resolução CFP n°12/2011 e a elaboração de novo exame.

O recurso não deve ser provido.

Após o advento da Lei n. 10.792/03, o exame criminológico não pode ser considerado como providência indispensável e prévia à concessão da progressão de regime ou mesmo do livramento condicional. Contudo, dito estudo pode ser realizado caso o magistrado *a quo*, em prudente análise do processo, conceba a existência de razões fáticas concretas que imponham sua confecção.

Nesse sentido, vejamos a jurisprudência dos Tribunais Superiores, verbis:

> *"EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL COM ESTEIO APENAS NO ATESTADO DE BOM COMPORTAMENTO CARCERÁRIO. EXECUÇÃO DA PENA DE 20 (VINTE) ANOS DE RECLUSÃO RESULTANTE DE CONDENAÇÕES POR VÁRIOS CRIMES PATRIMONIAIS (FURTOS), UM DELES PRATICADO DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO. AGRAVO EM EXECUÇÃO PROVIDO PARA CASSAR O BENEFÍCIO. ACÓRDÃO MANTIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO, NÃO OBSTANTE O SILÊNCIO DA LEI. JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. A Lei n. 10.792/03 deu nova redação artigo 112 da Lei n. 7.210/84 LEP -, excluindo a previsão de exame criminológico para a obtenção da progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de penas. 2. O silêncio da Lei, a respeito da obrigatoriedade do exame criminológico, não inibe o juízo da execução do poder determiná-lo, desde que fundamentadamente. Isto porque a análise do requisito subjetivo pressupõe a verificação do mérito do condenado, que não está adstrito ao "bom comportamento carcerário", como faz parecer a literalidade da lei, sob pena de concretizar-se o absurdo de transformar o diretor do presídio no verdadeiro concedente do benefício e o juiz em simples homologador, como assentado na ementa do Tribunal a quo. Precedentes: HC n. 105.234/RS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 21.3.11; HC n. 106.477/RS, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ de 19.4.11; e HC n. 102.859/SP, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda*

Turma, DJ de 1º.02.10. 3. In casu, o paciente cumpre pena de 20 (vinte) anos de reclusão, com previsão de término no ano de 2016, pelo cometimento de uma série de crimes patrimoniais (furtos), um deles praticado durante o cumprimento da pena em regime aberto, e subverteu a ordem e a disciplina no estabelecimento prisional ao cometer faltas graves, circunstâncias que recomendam a realização do exame criminológico. 4. Ordem denegada." (HC 107666/SP STF PRIMEIRA TURMA REL. MINISTRO LUIZ FUX JULG. 28.02.2012)

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CASSAÇÃO EM AGRAVO EM EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO. HISTÓRICO DE FUGAS E REINCIDÊNCIA. DECISÃO ULTRA PETITA. NÃO CONSTATAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

i. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a nova redação do art. 112 da Lei de Execuções Penais, conferida pela Lei 10.792/03, deixou de exigir a submissão do condenado a exame criminológico, anteriormente imprescindível para fins de progressão de regime, sem, no entanto, retirar do Juiz a faculdade de requerer sua realização quando, de forma fundamentada e excepcional, entender absolutamente necessária sua confecção para a formação de seu convencimento. II. Mostra-se devidamente fundamentado acórdão que cassa livramento condicional e determina a realização de exame criminológico de paciente que ostenta histórico conturbado, qualificado pela reincidência e pelas reiteradas fugas. III. Sendo condição para a análise de novos pedidos de livramento condicional, a determinação da Corte Estadual de que seja realizado de pronto o exame criminológico é medida necessária e que beneficia o acusado, não configurando decisão ultra petita. IV. Ordem denegada." (HC 219243/SP - STJ - QUINTA TURMA - REL. MINISTRO GILSON DIPP - JULG. 01.03.2012)

Sobre o assunto, a Excelsa Corte editou a Súmula Vinculante n. 26, *in verbis*:

"Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, ***podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico****."- destaque nosso.*

Assim, tratando-se o caso de condenado pela prática de inúmeros e graves crimes (Art. 155 "caput" e Art. 121 "caput" e Art. 157 "caput" todos c/c Art. 14 "caput", II e Art.250 § 1º, II, "a" do CP e Art. 19 "caput" da DL 3.688/1 e Art. 155 § 4º, II do CP), é plenamente justificável a realização do exame criminológico.

Em laudo pericial realizado por profissional da área de psicologia, consta que o apenado apresenta alto índice de desajustamento psicossocial, não sendo recomendada, por hora, a concessão do benefício pleiteado.

Neste ínterim, não verifico a necessidade de reforma da decisão ora agravada, a qual fundamentou a contento a imprescindibilidade da confecção do estudo criminológico do reeducando.

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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 Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 16 de junho de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0032272-59.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – ÁLIBI DEFENSIVO NÃO COMPROVADO – DEPOIMENTOS CONTRADITÓRIOS E DÚBIOS – COERÊNCIA E FIRMEZA DOS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO – DECLARAÇÕES CONFIRMADAS POR OUTROS ELEMENTOS E/OU PROVAS – PRETENDIDO AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA TIPIFICADO NO ART. 226, II, DO CP – AGENTE QUE MANTINHA RELAÇÃO DOMÉSTICA, DE CONFIANÇA E DE AUTORIDADE COM A VÍTIMA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Deve ser mantida a condenação por crime de estupro, se há nos autos provas firmes e coerentes de que o agente praticou o ilícito penal, estando a tese de negativa de autoria isolada do conjunto probatório.

O álibi representa o argumento criado exclusivamente pela defesa, com o objetivo de desconstituir as provas apresentadas pela acusação, e, por isso, deve estar acompanhado de elementos probatórios firmes e coerentes, e não de informações caracterizadas por dúvidas e imprecisões.

Se as testemunhas apresentadas pela defesa não conseguem estabelecer com segurança, o que o acusado estava fazendo no momento em que o crime foi praticado, o álibi apresentado não pode ser reconhecido, mantendo-se, portanto, as provas apresentadas pelo Ministério Público, em razão da coerência e da firmeza dos depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação.

Impõe-se a causa de aumento de pena prevista no art. 226, inciso II, do CP, tendo em vista que agente e vítima tinham se separado recentemente, tendo a relação conjugal perdurado mais de 13 (treze) anos. Somando-se ao fato que o agente mantinha em sua posse chave da residência, o que possibilitou sua entrada no imóvel sem a anuência da vítima. Além disso, são sócios de uma empresa, demonstrando cabalmente a relação domestica, de confiança e de autoridade do agente sobre a vítima.

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 maio de 2014.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

A. F. M. foi condenado à pena definitiva de 09 (nove) anos de reclusão no regime prisional inicialmente fechado, em razão do cometimento do crime estupro, praticado contra à vítima V. D. C., sua ex-companheira (CP, art. 213, *caput* c/c art. 226, II).

Inconformado recorre. Requer, em apertada síntese, a absolvição por insuficiência de prova para condenação e afastamento da causa de aumento de pena tipificado no inc. II do art. 226 do CP.

O Ministério Público Estadual e o assistente de acusação, em sede de contrarrazões, requerem o não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Narra-se na denúncia que:

> *"(...).Consta do inquérito policial incluso que, na data de 14 de julho de 2007, por volta das 23h, na Rua Ernesto de Fiori, nº 535, Bairro José Abrão, nesta Capital, o denunciado A. F. M constrangeu à conjunção carnal, mediante violência, agredindo fisicamente com tapas no rosto, jogando no sofá e tentando asfixiá-la com uma camisa que usava, bem como rasgando as vestes da vítima V. D. C. sua companheira.*
>
> *Consta, ainda, que o denunciado constrangeu a vítima a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, introduzindo o seu pênis no ânus dela, causando-lhe sangramento.*
>
> *Ressalta-se que foram constatados o material genético do denunciado nas vestes examinadas da vítima, conforme laudos periciais genéticos acostados às fls. 71/76 e fls. 106/112. (...).*

Em razão destes fatos, A. F. M. foi denunciado pela prática do crime estupro, praticado contra a vítima V. D. C., sua ex-companheira (CP, art. 213, *caput* c/c art. 226, II).

Encerrada a instrução processual criminal, o apelante foi condenado à pena definitiva de 09 (nove) anos de reclusão no regime prisional inicialmente fechado.

Inconformado recorre. Requer, em breve resumo, a absolvição por insuficiência de prova para condenação e afastamento da causa de aumento de pena tipificado no inc. II do art. 226 do CP.

Do pedido de absolvição.

A autoria certamente recai sobre o apelante, ante as provas colhidas nos autos, depoimento da vítima e testemunhas, realizadas sob o pálio do contraditório.

Quando ouvida na fase judicial (f. 215), a vítima V. D. C. confirmou a versão apresentada na fase do inquérito policial, *in verbis*:

> *"(...). Que ratifica os termos da denúncia no sentido de que perto da meia noite do dia dos fatos o acusado, que era seu marido há treze anos, adentrou na residência da vítima e, depois de uma discussão passou a agredi-la, tendo havido defesa, ou seja, agressões mútuas; Que em certo momento o acusado pegou a vítima na sala, agarrou*

> *o cabelo dela e bateu com a cabeça no sofá; Que durante esses fatos ela tentou em vão pedir socorro e o acusado sempre a ameaçou de morte; Que depois dessas agressões o acusado disse à vítima que queria fazer sexo com ela pela última vez, 'do jeito que ele queria'; **Que houve novas agressões e o acusado derrubou a vitima no chão e colocou o cachorro de estimação para fazer sexo com ela**; Que a vitima tentou descrever o que sentiu, e se recorda que houve até ejaculação do animal; **Que em seguida, rasgou as roupas dela, tirou o pijama sujo de sangue e a impeliu a tomar banho porque logo em seguida ele também iria fazer sexo com ela, o que de fato sucedeu**; Que o acusado a jogou na cama quebrada por volta das 04h da manhã do dia seguinte aos fatos e a **constrangeu brutalmente, praticando sexo anal, tendo-a machucado em suas regiões íntimas**; Que antes de o acusado sair da residência da vitima ele a ameaçou alegando que ela não poderia divulgar nada do ocorrido, e muito temerosa a vítima só foi dar ocorrência policial três meses após os fatos; Que o estado psicológico da vítima a fez ficar trancada três dias na residência em razão da ameaça; [...]: Que morava sozinha e ficou acamada três dias e quando conseguiu se levantar procurou ajuda da vizinha (L.), que a encorajou a ir à delegacia mas não agiu dessa forma porque temia as ameaças do acusado; Que uma amiga de nome M. da C., depois de ligar algumas vezes para a vitima e não conseguir contato com ela, resolveu visita-la e viu o estado físico-psicológico da vitima; **Que além da cópula vaginal, houve sexo anal do acusado com a vitima**; [...]; Que a amiga M. da C., quando foi visita-la na sua casa, mencionou em leva-la a um posto de saúde mas houve resistência da vítima; (...)." (negritei e grifei).*

Neste sentido, as testemunhas ouvidas em juízo M. da C. B. T. (f. 217), L. N. da S. (f. 251) e J. M. P. (f. 314) confirmaram a versão apresentada pela vítima.

Por outro lado, o álibi apresentado é insustentável, porque dependia de confirmação que a defesa não obteve.

Salienta-se que os fatos criminosos foram perpetrados após as 23h00min e perdurou até aproximadamente 05h00min do dia seguinte.

O apelante afirmou que recentemente mantiveram relação sexual consentida e na data e horário do crime, estava com sua namorada R. G. A.

A testemunha G. S. B. (f. 326), afirmou que esteve em companhia do apelante até às 22h30min.

A testemunha R. G. A. (f. 250) afirmou ***"[...] que no dia 14/07/2007 às 23h estava na companhia do acusado;"***, sem especificar se depois deste horário permaneceram juntos ou não.

Este detalhe é de fundamental importância porque a referida testemunha fez questão de acrescentar que nos dias posteriores, ambos permaneceram juntos: ***"Que nos dias seguintes mantiveram contato normal sendo que ele saia para trabalhar e retornava para a residência e no período noturno passava com a depoente;"***.

Portanto, embora o apelante tenha negado a prática delitiva, a palavra da vítima, o depoimento da prova testemunhal, aliada a prova documental, é prova segura para a condenação, haja vista a ausência de outro elemento capaz de retirar a credibilidade dos referidos testemunhos.

Do pedido de afastamento da causa de aumento de pena tipificado no inc. II do art. 226 do CP.

O apelante argumenta que não cabe a referida causa de aumento de pena porque, na época dos fatos, não estavam casados.

Dispõe o inciso II do artigo 226 do Código Penal:

> *"**Art. 226. A pena é aumentada**:*
>
> *(...).*
>
> *II – **de metade**, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, **companheiro**, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou **por qualquer outro título tem a autoridade sobre ela**;*
>
> *(...)."*

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini justificam a medida porque *"O fato configura uma maior ofensa à moral, acarreta maior alarma social, sendo um abuso de relações domésticas ou de situações de intimidade ou confiança. [...]. abrange a lei, também, qualquer pessoa que, pelos títulos mencionados no dispositivo ou quaisquer outros, tem autoridade, de direito ou de fato, sobre a vítima."* ("Manual de Direito Penal", Vol. II, Parte Especial, Arts. 121 a 234 do CP, 25ª ed., ver. e atual. até 31 de dezembro de 2006, Atlas, São Paulo, 2008, p. 450).

No caso, extrai-se dos autos, que o apelante se valeu da relação doméstica e de confiança que tinha com a vítima para perpetrar o crime que lhe é imputado.

Pois bem. O apelante conviveu com a vítima por mais de treze (13) anos e tinham se separado recentemente, sendo certo que se utilizou de chave que estava na sua posse para adentrar na residência sem o consentimento da vítima.

Ressalta-se, por oportuno, que além da relação conjugal, ambos são sócios da empresa Ericsul Teleinformática Ltda. – ME (fls. 54-57).

Logo, comprovado que o apelante tinha relação doméstica, de confiança e de autoridade com a vítima, inclusive porque são sócios de uma empresa, se valendo desta condição para cometer o delito.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

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. 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, 05 de maio de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1404691-77.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – GRAVIDEZ DE RISCO – 8º MÊS DE GESTAÇÃO – PRISÃO DOMICILIAR – POSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.

Deve ser determinada a prisão domiciliar da paciente já que há provas que a gravidez é de risco e a manutenção da gestante, em local inadequado, poderá gerar prejuízos tanto à presa quanto ao nascituro

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 maioria, com o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal (Des. Luiz Gonzaga) que a denegava.

Campo Grande, 12 de maio de 2014.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Carlos Alberto Ferreira do Prado impetra ordem de *Habeas Corpus,* com pedido de liminar, em favor de Cristina Rocha Grance, apontando como autoridade coatora o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS.

Discorrendo acerca dos fatos, a impetrante alega que a paciente está grávida e que é mantida presa em local desumano, onde até a presente data não foi realizado nenhum outro exame, além do 1º ultrassom realizado pela paciente.

Aduz também que, o estado de gravidez da paciente é de alto risco e que a mesma já se encontra no oitavo mês de gestação.

Alega ainda que, a paciente está com problemas psicológicos dentro da unidade penal, vem se isolando e ficando o dia todo dentro da cela, e o fato se ocorreu foi em função da pessoa Cristina e não de seu bebê que já vem sendo prejudicado com a cautelaridade da prisão.

Pondera ainda que, é flagrante o constrangimento ilegal a que está sendo submetida, em razão de estar recolhida em estabelecimento totalmente inadequado à sua condição especial de mulher gestante.

Requer, assim, seja concedida a prisão domiciliar em favor da paciente.

Às fls. 73/74, restou indeferida a liminar.

Uma vez solicitadas, a autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 78/79.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e concessão da ordem às fls. 107/109.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Carlos Alberto Ferreira do Prado impetra ordem de *Habeas Corpus,* com pedido de liminar, em favor de Cristina Rocha Grance, apontando como autoridade coatora o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS.

Discorrendo acerca dos fatos, a impetrante alega que a paciente está grávida e que é mantida presa em local desumano, onde até a presente data não foi realizado nenhum outro exame, além do 1º ultrassom realizado pela paciente.

Aduz também que, o estado de gravidez da paciente é de alto risco e que a mesma já se encontra no oitavo mês de gestação.

Alega ainda que, a paciente está com problemas psicológicos dentro da unidade penal, vem se isolando e ficando o dia todo dentro da cela, e o fato se ocorreu foi em função da pessoa Cristina e não de seu bebê que já vem sendo prejudicado com a cautelaridade da prisão.

Pondera ainda que, é flagrante o constrangimento ilegal a que está sendo submetida, em razão de estar recolhida em estabelecimento totalmente inadequado à sua condição especial de mulher gestante.

Requer, assim, seja concedida a prisão domiciliar em favor da paciente.

Decido.

Como se verifica a paciente foi presa em flagrante em virtude da suposta prática do crime previsto no artigo 33 da Lei de Tóxicos.

Inicialmente, cumpre observar que se encontram presentes os requisitos do artigo 312 do CPP para a manutenção da prisão preventiva da paciente.

Isto porque há informação de que a paciente foi presa por tráfico de drogas no interiro de sua residência. (fls. 79).

Em que pesem as ponderações formuladas, não há qualquer ilegalidade no fato de o magistrado monocrático indeferir o pedido de liberdade provisória aviado pela paciente em função da necessidade de manutenção da ordem pública.

Considerando a conduta desenvolvida pela paciente, tendo sido reputada a esta o fato de estar praticando traficância em seu domicílio, é patente que a liberdade pretendida de fato expunha a risco a ordem pública a ser preservada, já que há notícias nos autos que a paciente tem envolvimento com a traficância.

Deste modo, os fundamentos trazidos na inicial nem de longe justificam o afastamento daqueles declinados pelo magistrado de 1º grau para a segregação cautelar, porque não há dúvida de que a paciente põe em risco a ordem pública e as condições de generalidade declinadas pelo Impetrante inexistem.

Ressalto que a salvaguarda da ordem pública também busca prevenir a reprodução de fatos criminosos, como no caso dos autos.

Por sua vez, as circunstâncias de natureza pessoal, tais como serviço lícito, residência fixa, dentre outros atributos, não são relevantes para a concessão da ordem.

Os atributos pessoais e de família da paciente, não se relacionam aos motivos que levaram à manutenção da segregação, de modo a não se constituir fundamento válido para afastar a medida cautelar fundada na repercussão do crime e na conveniência para a instrução criminal.

Ocorre que, não obstante a notícia do delito praticado pela paciente, e a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória (fls. 78/79), verifica-se que os argumentos trazidos na inicial traduzem a necessidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

Isto porque, conforme documentos acostados aos autos, a paciente quando da impetração, estava com 32 semanas de gravidez.

Gravidez esta que envolvia risco e a gestante está com problemas psicológicos, reclama de dores no útero, no corpo, não tem local hábil para se deitar, permanecendo em local não arejado, fazendo com que seu quadro de saúde piore cada vez mais.

Portanto tem-se que a manutenção da prisão preventiva no caso põe em risco a saúde da gestante bem como do nascituro.

De registrar que os direitos do nascituro também devem ser resguardados a teor do que dispõe o artigo 2º do Código Civil Brasileiro: *"A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."*

Deste modo, impõe-se a substituição da prisão preventiva decretada nas fls.52 em prisão domiciliar, já que evidente nos autos prova idônea de que a gestante cumpre o requisito estabelecido no artigo 318, IV da Lei n.º 12.403/11, que assim dispõe:

> *Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:*
>
> *IV - gestante a partir do 7o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.*

Desta feita, a excepcionalidade da situação da paciente e do nascituro justificam plenamente o cabimento da medida para possibilitar que a mesma aguarde em prisão domiciliar o julgamento da ação penal a que responde perante o juízo singular, até mesmo por razões humanitárias.

Ante o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, concedo a ordem de *Habeas Corpus*, para que a prisão da paciente seja, até cessarem o risco à gestante e ao recém nascido, na modalidade domiciliar.

Caso prevaleça o voto proferido por este relator comunique-se, com urgência, ao juízo de primeiro grau, para que expeça o competente alvará de soltura, nele devendo constar que a modalidade de prisão será a domiciliar, até cessarem o risco a gestante e ao recém nascido.

É como voto, com o Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (1ª Vogal):

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (2º Vogal):

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo advogado Carlos Alberto Ferreira do Prado – OAB/MS 15.999 em favor de Cristina Rocha Grance, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca Campo Grande-MS, ao fundamento de que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal decorrente da decisão que indeferiu seu pedido de prisão domiciliar.

Relata o impetrante que a paciente foi presa em flagrante delito no dia 12/02/2014, pela acusação da prática do crime de tráfico de drogas. Argumenta que a mesma está no 8º mês de gravidez, apresentando fortes dores e que o estabelecimento penal não lhe oferece tratamento adequado.

O Desembargador Relator Francisco Gerardo de Sousa concede a ordem para que a prisão da paciente seja, até cessarem os riscos à gestante e ao recém-nascido, na modalidade domiciliar.

Com efeito, divirjo do Desembargador Relator Francisco Gerardo de Sousa.

Consoante se verifica dos autos, a paciente, juntamente com a pessoa de Emanuel de Jesus Meireles, foi presa em flagrante delito, em data de 12.02.2014, pela prática do crime tráfico de drogas.

Segundo narra o auto de prisão em flagrante (f. 21), na data dos fatos, policiais em cumprimento ao mandado de busca e apreensão domiciliar (nº. 001.2014/012616-4) expedido nos autos nº. 0500113-93.2014, adentraram na residência da paciente, ocasião em que localizaram 25 papelotes da substância entorpecente denominada cocaína, sendo que, ao ser indagada, Cristina (ora paciente) assumiu a propriedade da droga, alegando que vendia cada papelote a R$ 10,00 (dez reais).

Vislumbra-se dos autos, que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, justificando o Magistrado, para isso, que (fls. 61-63):

> *"Pois bem, verifica-se dos autos que os autuados Cristina Rocha Grance e Emanuel de Jesus Meireles foram presos em flagrante pela suposta prática dos crimes previstos no art. 33 e art. 35, da Lei n. 11.343/06, cuja pena máxima supera 04 (quatro) anos de reclusão.*
>
> *Em conformidade com os elementos já apurados, há provas da existência do tráfico de drogas e indícios suficientes de autoria.*
>
> *Isso porque, policiais militares, em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão expedido em desfavor de Cristina Rocha Grance, deslocaram-se até sua residência, onde efeturam buscas no imóvel e encontraram varanda, sobre o medidor de energia elétrica, um porta-moeda contendo 1 (uma) porção e 25 (vinte e cinco) "papelotes" de substancia análoga a COCAÍNA, correspondente 27,4g (vinte e sete gramas e quarenta decigramas). Ademais, foram encontrados na sala da residência inúmeras moedas e cédulas de R$ 2,00 (dois reais) e R$ 5,00 (cinco reais) e dinheiro, totalizando o valor de R$ 150,20 (cento e cinquenta reais e vinte centavos).*
>
> *Não bastasse isso, também foram localizadas no aludido imóvel 2 (duas) motocicletas que, segundo denúncias, eram utilizadas para a entrega de drogas aos usuários.*

Infere-se, outrossim, tratar o presente caso de delito de alta ofensividade jurídica e periculosidade concreta, vez que a conduzida assumiu a propriedade da droga, alegando que vendia cada papelote pelo valor de R$ 10,00 (dez reais), sendo que o preso Emanuel de Jesus Meireles, seu companheiro, teria conhecimento dos fatos e era conivente com a situação.

(...)

Além disso, em consulta efetuada ao SIGO e ao SAJ, contatou-se que Cristina Rocha Grance possui registros pelo crime de tráfico de drogas.

Inclusive, ***foi condenada, perante este juízo, pela prática do mesmo crime, sendo portanto reincidente específica, o que demonstra possuir inclinação à prática delitiva e que não se intimida com a aplicação da medida penal aplicável."*** *(grifo meu).*

Formulou-se, perante o juízo a quo, pedido de prisão domiciliar em favor da paciente, que restou indeferido sob os seguintes fundamentos (fls. 69-70):

"Trata-se de pedido de prisão domiciliar formulado por CRISTINA ROCHA GRANCE, devidamente qualificada nos autos, sob a alegação de que é gestante e sofre fortes dores no útero e no corpo.

O Ministério Público manifestou-se favorável.

Em que pese os argumentos apresentados, entendo que não procede o pedido.

Isto porque, não há prova alguma de que a AGEPEN não forneça os atendimentos e cuidados necessários à gestação da Requerente.

Ainda, não há provas de que há algum risco na gestação.

Outrossim, a Requerente já foi presa em flagrante por tráfico de drogas, no interior de sua residência, no dia 25/04/2013.

Concedida a liberdade provisória pelo E. Tribunal de Justiça, ao que tudo indica, a Requerente, continuou a praticar a traficância em seu domicílio.

Tanto assim que a Requerente novamente foi presa em flagrante, por tráfico de substância entorpecente, no interior de sua residência, no dia 12/02/2014, e por isto está reclusa.

Ora, conceder a liberdade provisória ou a prisão domiciliar à Requerente é coadunar e fazer vista grossa para a prática do crime e conceder alvará para o comércio da droga, o que não concordo.

Qual a garantia de que a Requerente continuará, da mesma forma, traficando drogas em sua casa? Nenhuma!

Diante disto, para a garantia da ordem pública e para se assegurar a aplicação da lei penal, INDEFIRO os pedidos formulados na inicial e mantenho a prisão a prisão preventiva da Requerente CRISTINA ROCHA GRANCE".

Como bem se sabe, a prisão domiciliar é uma forma de cumprimento da custódia cautelar, de modo a possibilitar que o paciente, preso de forma preventiva, possa cumprir a medida em seu domicílio, recolhido no âmbito residencial. É, pois, medida excepcional, de modo que o seu exercício dar-se-á sem qualquer vigilância do poder público.

É por isso, aliás, que a prisão domiciliar constitui faculdade do magistrado, pautando-se em critérios de oportunidade, merecimento e conveniência, haja vista que, em situações peculiares, o elevado potencial ofensivo da conduta e a periculosidade do agente podem ser incompatíveis com essa custódia, principalmente pelo risco à segurança e incolumidade pública.

Com efeito, para possibilitar que o cumprimento da medida cautelar preventiva seja realizado em prisão domiciliar, faz-se necessário que a situação do agente esteja enquadrada em qualquer das hipóteses enumeradas no artigo 318 do Código de Processo Penal.

Nesse aspecto, de acordo com a hipótese do inciso III do art. 318 do CPP, o benefício da prisão domiciliar pode ser concedido à gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

O parágrafo único do art. 318 acima mencionado ainda complementa que: *"Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo."*

Na hipótese em tela, não foi apresentado com o recurso qualquer documento a comprovar a gravidez de risco aludida e, consulta ao sistema SAJ, observa-se também que não há qualquer documento idôneo a comprovar tal situação.

Em comentários ao artigo acima em comento, a Doutrina representada por Guilherme de Souza Nucci bem assevera que: *"Gestante: Não somente a gravidez espelha a necessidade de prisão domiciliar, mas o alto risco de haver complicações ou estágio avançado, a partir do sétimo mês."*

A par disso, o presente recurso sequer foi instruído com documento comprobatório do estágio de gravidez da paciente e, muito menos que seja de alto risco.

Não consta dos autos também qualquer documento comprobatório de que a paciente não recebe tratamento médico junto ao Estabelecimento Penal, o que, como bem se sabe, dispõe de assistência médica aos presidiários.

Não se pode perder de vista também que, no caso, estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, como exposto pelo Magistrado, na forma acima transcrita.

Há que se destacar ainda que a paciente é reincidente específica na prática de tráfico de drogas, sendo que, em data recente, em 24 de junho de 2013, nos autos de *Habeas Corpus* nº. 4005769-57.2013.8.12.0000, foi ela beneficiada com a concessão da ordem para aguardar em liberdade o trâmite dos autos nº. 0016611-64.2013.8.12.0001, que, inclusive, já foi sentenciado (encontrando-se pendente o recurso de apelação interposto), sendo a paciente condenada.

Não obstante, voltou a paciente a delinquir no mesmo delito (tráfico de drogas), o qual é extremamente nocivo à sociedade, o que evidencia a necessidade da constrição cautelar como medida a se evitar a reiteração criminosa, e a colocação em risco da ordem pública, configurando-se, assim, o *periculum libertatis*.

A propósito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> ***"Verifica-se a necessidade da custódia antecipada também para o fim de fazer cessar a reiteração criminosa, quando há notícias de que o paciente revela propensão à prática delitiva, havendo a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir"****(HC 195.533/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 28/04/2011).*

No mesmo sentido, o posicionamento desta E. Corte:

> *"E M E N T A – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO – LIBERDADE PROVISÓRIA – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS DA PRISÃO CAUTELAR –* ***SEGREGAÇÃO NECESSÁRIA EM RAZÃO DO RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA –*** *IRRELEVÂNCIA DAS CONDIÇÕES PESSOAIS –* ***ORDEM DENEGADA.*** *Não há falar em ausência de fundamentação ou inexistência dos pressupostos legais da prisão cautelar dos pacientes, haja vista a demonstração da prova da materialidade e dos elementos indicativos da autoria do crime de tráfico de drogas, bem como* ***da necessidade de se garantir a ordem pública, evitando a reiteração criminosa, pois apesar de estarem cumprindo a reprimenda no regime semiaberto, os pacientes foram presos em flagrante delito acusados da prática dos delitos de tráfico e associação.*** *Eventuais condições favoráveis aos pacientes, como residência fixa e ocupação lícita, não são suficientes para afastar a necessidade da medida, sobretudo se existem nos autos elementos hábeis a recomendar a sua imposição.* ***Ordem denegada."*** *(Primeira Turma Criminal - Habeas Corpus - N. 2011.028622-6/0000-00 - Naviraí - Relatora - Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes - Julgamento: 17/10/2011) – Destaquei.*

Por demais, é importante ressaltar que, na situação particular, a concessão do benefício da prisão domiciliar à paciente não consubstancia medida aconselhável, desvirtuando-se, pois, da finalidade almejada pela decretação da custódia preventiva.

Com efeito, é cediço o tráfico ilícito de drogas é delito penal enquadrado na categoria dos crimes de perigo abstrato, de modo que a mera realização da conduta típica faz exsurgir a presunção de que o bem jurídico tutelado (saúde pública) foi exposto à situação de risco. Trata-se, pois, de presunção absoluta, de forma que é prescindível a realização de qualquer prova para comprovar a efetiva situação de perigo.

Portanto, a conduta perpetrada pela paciente é capaz de atribuir risco à segurança e incolumidade social, de modo que se faz necessária a atuação do poder judiciário no sentido de que seja assegurada a garantia da ordem pública, exsurgindo, para essa finalidade, a custódia preventiva, cuja aplicação é embasada justamente nesse fundamento, privando a paciente de sua liberdade.

Nessa perspectiva, a concessão do benefício da prisão domiciliar à paciente fará desaparecer à segurança ofertada à garantia da ordem pública, principalmente porque o recolhimento em âmbito residencial é medida imprescindível de qualquer vigilância do poder público, baseada apenas no senso de responsabilidade e autodisciplina, o que poderá configurar estímulo à paciente no tocante à reiteração criminosa, sobretudo pelo abrandamento dos efeitos dessa medida.

Demais disso, hei por bem ponderar que não estão presentes, no caso concreto, os requisitos e fundamentos legais necessários ao embasamento da custódia cautelar. É que no presente caso, não há qualquer comprovação de que a gravidez da paciente seja de risco ou que haja alguma situação atestada por médico de que a permanência da mesma no local onde se encontra possa colocar a gravidez em risco. O pedido não está acompanhado de nenhum laudo ou atestado médico nesse sentido. Ademais, a Administração da casa prisional tem como tomar as providências necessárias para o acompanhamento da gravidez da paciente, com as medidas necessárias que a situação exigir.

Assente-se, ainda, que a prisão domiciliar será admitir que a paciente retorne ao local onde foi presa e onde, segundo consta do flagrante, havia indicativos de que praticava a mercância de droga.

Logo, não se comprovando os requisitos necessários, deve ser afastada a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar.

Diante disso, faz-se necessária a manutenção da prisão preventiva da paciente, haja vista que não estão presentes, no caso, os requisitos necessários e autorizadores dessa medida, e também porque a Administração da casa prisional pode atender eventuais necessidades da paciente, se o caso assim exigir.

Posto isso, contra o parecer, denego a ordem de *Habeas Corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, COM O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 2º VOGAL (DES. LUIZ GONZAGA) QUE A DENEGAVA.

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, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 12 de maio de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1405571-69.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA – PACIENTE PRIMÁRIO – PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – POSSIBILIDADE CONCRETA DE APLICAÇÃO DO § 4°, DA LEI N° 11.343/2006 – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – LIBERDADE PROVISÓRIA – POSSIBILIDADE – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

A prisão cautelar só pode ser decretada ou mantida se demonstrada a necessidade da segregação provisória, mediante elementos idôneos constantes dos autos. Sendo possível estimar que o paciente, se efetivamente condenado pelo cometimento do delito de tráfico de drogas, poderá vir a ser agraciado pelas benesses do § 4°, da Lei n° 11.343/2006, podendo sua pena, ao final, ser substituída por penas restritivas de direito, desproporcional se afigura a imposição da prisão preventiva, principalmente se as circunstâncias pessoais do acusado lhe forem favoráveis.

Além disso a quantidade de droga encontrada 10,7 g de pasta base de cocaína não foi localizada junto ao paciente, mas sim, em um terreno baldio. Ordem parcialmente 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 parcialmente a ordem para aplicar medidas cautelares ao paciente, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 2 de junho de 2014.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

O advogado Edgar Calixto Paz impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Douglas Silva Borges, apontado como autoridade coatora o Juiz de Direito da 6.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande (MS).

O impetrante alega que o paciente foi preso em flagrante no dia 29 de abril de 2014, supostamente, por ter praticado o crime previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006.

Aduz que, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva antes do Ministério Público oferecer a denúncia.

Alega ainda que, foi negado ao paciente o pedido de liberdade provisória, alegando em suma, ausência de prova de ocupação lícita, comprovante de residência, e de que a primariedade não seria suficiente para a concessão da liberdade provisória, estando o paciente recolhido junto ao presídio de trânsito desta capital.

Pondera que, o paciente é primário, não tem intenção de fugir, além de trabalhar e residir nesta cidade com os pais.

Aduz que, o paciente está disposto a colaborar com o andamento do processo, comprometendo-se a comparecer a todos os atos processuais em que for solicitado sua presença.

Ressalta ainda que, a prisão não pode ser decretada apenas com base na gravidade abstrata do delito.

Ademais, o paciente seria só usuário, visto que não existe qualquer situação de mercancia, e a quantidade de droga apreendida é pequena.

Requer, assim, seja expedido alvará de soltura em favor do paciente. Por fim, a concessão da ordem.

Às fls. 65/67, restou indeferida a liminar.

Uma vez solicitadas, a autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 70.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e denegação da ordem às fls. 73/78.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

O advogado Edgar Calixto Paz impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Douglas Silva Borges, apontado como autoridade coatora o Juiz de Direito da 6.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande (MS).

O impetrante alega que o paciente foi preso em flagrante no dia 29 de abril de 2014, supostamente, por ter praticado o crime previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006.

Aduz que, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva antes do Ministério Público oferecer a denúncia.

Alega ainda que, foi negado ao paciente o pedido de liberdade provisória, alegando em suma, ausência de prova de ocupação lícita, comprovante de residência, e de que a primariedade não seria suficiente para a concessão da liberdade provisória, estando o paciente recolhido junto ao presídio de trânsito desta capital.

Pondera que, o paciente é primário, não tem intenção de fugir, além de trabalhar e residir nesta cidade com os pais.

Aduz que, o paciente está disposto a colaborar com o andamento do processo, comprometendo-se a comparecer a todos os atos processuais em que for solicitado sua presença.

Ressalta ainda que, a prisão não pode ser decretada apenas com base na gravidade abstrata do delito.

Ademais, o paciente seria só usuário, visto que não existe qualquer situação de mercancia, e a quantidade de droga apreendida é pequena.

Requer, assim, seja expedido alvará de soltura em favor do paciente. Por fim, a concessão da ordem.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do pedido do "Habeas Corpus" impetrado.

Examinando detidamente os presentes autos, tenho que a ordem deve ser concedida, pelos motivos que passo a expor:

No presente caso, o Impetrante questiona a manutenção da prisão preventiva do paciente, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, sustentando que o paciente foi preso por portar uma pequena quantidade de droga, de modo que não está configurado o requisito da prova da existência do crime. Ademais, afirma que a decisão primeva é carente de fundamentação, frisando que não estão presentes os pressupostos do art. 312 do CPP, devendo, portanto, ser-lhe concedida a liberdade provisória.

Pois bem. Na hipótese em epígrafe, vislumbra-se que deve ser concedida a liberdade provisória ao paciente, por entender que não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. Vejamos.

Em relação à vedação da concessão da liberdade provisória trazida pelo art. 44, da Lei n° 11.343/2006, devo ressaltar que, embora tenha me posicionado anteriormente no sentido de que o crime de tráfico de drogas seria insuscetível de liberdade provisória, após acurada reflexão sobre o tema e, tendo em vista a promulgação da Resolução do Senado Federal de n° 05/2012 que autorizou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, curvo ao entendimento de que o pedido de liberdade provisória nos delitos abarcados pela Lei n° 11.343/2006 deve ser analisado à luz das peculiaridades do caso concreto.

É cediço que a concessão da liberdade provisória aos acusados por tráfico de drogas deve estar obrigatoriamente, vinculada à perfunctória análise dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, dispostos no rol do art. 312 e seguintes do CPP. Isso porque, com o advento da Lei n° 12.403/2011, a prisão preventiva passou a ser concebida como medida de ultima ratio, devendo ser decretada quando presentes os seus pressupostos autorizadores e, ao mesmo tempo, se outras medidas cautelares não se revelarem proporcionais e adequadas para o cumprimento de sua finalidade.

Sob este prisma é que podemos afirmar que toda e qualquer espécie de prisão, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, possui natureza cautelar, razão pela qual, deve estar devidamente comprovada a necessidade de restringir um bem maior assegurado pela Constituição da República: a liberdade.

Trata-se de aplicação da primazia da liberdade, que deve ser mantida como estado natural do indivíduo ou restituída quando não demonstrada a necessidade de recolhimento ao cárcere.

Sobre o assunto, confira-se as valiosas lições do Mestre Eugênio Pacelli De Oliveira:

> *"(...) É que agora a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que em princípio deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas (as outras medidas cautelares)." (Atualização do Processo Penal - Lei n°12.403 de 05 de maio de 2011.p.13).*

Por isso, é que, dado o caráter da antecipação da sanção, podemos afirmar ser a prisão preventiva uma medida excepcional, somente encontrando guarida na necessidade, exigindo a sua decretação elementos concretos, configuradores de algumas das hipóteses previstas no art. 312, do Código de Processo Penal, não podendo, meras presunções, de conteúdo abstrato, serem considerados elementos válidos para o recolhimento ao cárcere.

No caso em testilha, consta que o paciente está sendo processado como incurso nas sanções do art. 33, da Lei n° 11.343/2006, porque, em tese, teria sido surpreendido com vários indivíduos em uma esquina do Bairro Tiradentes, sendo que no momento da prisão nenhuma droga foi encontrada em posse do paciente, mas sim, em um terreno baldio, fatos estes admitidos por policiais militares.

Pois bem. Da análise dos documentos jungidos aos autos depreende-se que o paciente é tecnicamente primário e possui residência fixa, não havendo contra ele qualquer informação concreta que noticie ser pessoa perniciosa ao convívio social, dando mostras de ser suficiente a aplicação até o fim da instrução, de medidas cautelares diversas da prisão, para o resguardo da ordem pública, garantia do bom andamento da instrução e da aplicação da lei penal.

Conquanto evidenciada a gravidade do crime perpetrado pelo paciente, havendo permanecido custodiado desde sua prisão em flagrante, tal circunstância não constitui, por si só, fundamento hábil a justificar a segregação preventiva, se ausentes elementos concretos a autorizarem a excepcional medida, mormente em se considerando que a gravidade do crime já traz aspectos subsumidos ao próprio tipo penal, refletindo-se na pena cominada a tais delitos.

Nesse diapasão, para corroborar a tese de concessão da liberdade provisória, registra-se que, tanto a decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, como a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória , apresentou fundamentação abstrata, não restando configurada a presença dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, de forma que não é possível vislumbrar efetivamente que o paciente estaria a ameaçar a ordem pública, bem como a ordem econômica, ou que pudesse frustrar a aplicação da lei penal, atento ao disposto no art. 312 do CPP.

Destarte, entendo ser desarrazoado e desproporcional a manutenção da prisão preventiva do paciente, razão pela qual deve-lhe ser concedido o benefício da liberdade provisória.

Porém, como a via estreita do habeas corpus é precária e não comporta maiores dilações sobre o tema meritório da persecução criminal a que o paciente responde, deixo de tecer maiores considerações sobre a pertinência do tipo penal imputado ao acusado.

Sendo assim, é possível, numa análise detida do caso em apreço e suas circunstâncias, estimar-se que o paciente, se efetivamente condenado pelo cometimento do delito de tráfico de drogas, poderá vir a ser agraciado pelas benesses do art. 33, § 4°, da Lei n° 11.343/2006, podendo sua pena, ao final, ser substituída por penas restritivas de direitos, afastando, ao final da persecução criminal, a necessidade da manutenção da custódia provisória.

Nesse sentido, colaciono as seguintes decisões do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. ART. 33, § 1º, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/2006. CONDUTA EQUIPARADA A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. FALTA DE CARACTERIZAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Carece de fundamentação a decisão que, ao decretar a prisão preventiva, limita-se a dizer da existência de indícios*

da AUTORIA, sem demonstrar a periculosidade da Paciente ou a ocorrência de risco à ORDEM PÚBLICA. 2. Hipótese em que, a Paciente, após a prisão em flagrante dos Corréus, compareceu perante a Autoridade Policial, espontaneamente, prestou depoimento e, posteriormente, respondeu à intimação e forneceu elementos para a realização de exame grafotécnico. 3. Falta de demonstração da intenção, por parte da Paciente, de obstruir a instrução criminal ou evadir-se de eventual decreto condenatório, mormente quando possui, ainda, residência fixa, além de ser primária e detentora de bons antecedentes. 4. ORDEM concedida para revogar a prisão preventiva, sem prejuízo de eventual decretação de nova segregação cautelar, caso existentes motivos que a autorizem." (STJ, HC 148420/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, 20/05/2010 - grifamos).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCIDÊNCIA. PECULIARIDADES DO CASO. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. I - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante do art. 33, §4º, da Lei de Tóxicos - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes), ora pode ser considerada como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena. II - In casu, contudo, a quantidade de droga apreendida foi pequena, não tendo o Tribunal de origem indicado outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que o paciente dedica-se à atividade do TRÁFICO.III - Assim, tratando-se de acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa, sendo as circunstâncias judiciais do art. 59 consideradas totalmente favoráveis e, por fim, pequena a quantidade de droga apreendida, faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços), por preencher os requisitos legais. (STJ, HC 156573/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ 18/05/2010 - grifamos).

Frente a tais colocações, concedo parcialmente a presente ordem de *Habeas Corpus* para revogar a custódia preventiva de Douglas Silva Borges, se por outro motivo não estiver preso, mediante a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a situação peculiar do paciente, coligada a inexistência de fundamentos concretos a alicerçarem a conservação da custódia preventiva.

Destarte, eis as respectivas medidas:

A) Comparecimento mensal em juízo para comprovar o endereço atual (deverá trazer cópia do comprovante de residência) e suas atividades;

B) Dever de comparecer a todos os atos processuais de que for intimado.

D) Proibição de ausentar-se da comarca sem prévia autorização do juízo competente;

Não é demais registrar que o descumprimento das medidas poderá resultar na decretação de nova prisão, nos termos do par. único do art. 312 do Código de Processo Penal.

É como voto, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

Caso prevaleça o voto proferido por este relator, expeça-se o competente alvará de soltura, nele devendo constar as condições impostas e a advertência de que o descumprimento acarretará em revogação do benefício.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, concederam parcialmente a ordem para aplicar medidas cautelares ao paciente, 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, 02 de junho de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001681-56.2010.8.12.0030 - Brasilândia
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DESACATO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – FATO TÍPICO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA – MAJORANTE CARACTERIZADA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – AFASTAMENTO DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS CONSIDERADAS NEGATIVAS – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – ABERTO FIXADO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – INCABÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há falar em absolvição do crime de desacato se restou demonstrado que o agente, por diversas vezes, com suas palavras, desrespeitou a vítima, buscando humilhá-la.

Se o agente praticou o mesmo crime várias vezes, contra a mesma vítima, nas mesmas circunstâncias de tempo, local e modo de execução, deve ser mantida a continuidade delitiva.

Afastando-se as circunstâncias judiciais da culpabilidade e conduta social, por não terem sido fundamentadas de forma concreta, deve ser reduzida a pena-base para montante adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Preenchidos os requisitos descritos no art. 33, parágrafos 2º e 3º do Código Penal, modifica-se o regime prisional para o aberto.

Incabível a substituição da pena por restritivas de direitos se não preenchidos os requisitos contidos no art. 44, III, do Código 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, contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a pena-base do apelante e alterar o regime para o aberto, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 7 de abril de 2014.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Rodrigo Alexandre Apolinário foi condenado à pena de 01 ano, 02 meses e 12 dias de detenção, no regime semiaberto, por infração ao art. 331 c/c art. 71, Código Penal (fls. 154-157).

Pede a absolvição, alegando atipicidade da conduta, pois foi hostilizado pelo policial que apertou as algemas até machucar os pulsos, o que provocou a sua reação, em estado de cólera.

Alternativamente, pede o afastamento da continuidade delitiva, a redução da pena-base para o mínimo legal, por ter sido exacerbada, sem fundamentação plausível, bem como a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos (fls. 192-197).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (fls. 220-231).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (fls. 237-244).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Narra-se na denúncia que, no dia 25/08/10, por volta das 15:32 horas, na Delegacia de Polícia Civil, na Comarca de Brasilândia, o denunciado Rodrigo Alexandre Apolinário, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, desacatou o Sd PM Aderildo Bueno da Cunha no exercício e em razão de suas funções.

O apelante pede a absolvição alegando atipicidade da conduta.

A sentença condenatória não merece reparos, pois analisou atentamente as provas dos autos, ficando evidente no conjunto probatório que o apelante, com suas palavras, desrespeitou com a intenção de desprezar, humilhar, o policial militar Aderildo.

Restou demonstrado que, no dia 25/08/10, a tarde, quando a vítima Aderildo, policial militar, realizava a escolta do apelante Rodrigo, que estava preso na Delegacia da Comarca, até o fórum local, após ele ter reclamado que as algemas estavam muito apertadas e terem sido afrouxadas, passou a ofendê-la com palavras.

O apelante disse que a vítima gostava de cobrar "tretas" e era muito bravo; que só porque estava fardado se achava muito bom, mas que ele, mesmo preso, ganhava por dia o que ele ganhava no mês; que iria ficar pouco tempo preso e quando saísse iria acertar as contas, pois se o policial andava com uma arma e se achava muito "macho", ele, que tinha várias armas, seria fácil "dar cabo" da vida dele; em seguida, o chamou de "inseto filho da puta" e, que, caso não o encontrasse quando saísse da prisão, seus irmãos e sua mãe "serviriam", bem como que se ele demorasse a sair, iria encomendar sua morte, porque *"a vida de um inseto fardado não custa nada"*.

Quando já estava de voltar na delegacia, o apelante ainda disse para a vítima que ao invés de matá-la com uma arma, iria usar um pedaço de pau, para esmagar sua cabeça a fim de que o sofrimento fosse maior, como ele já tinha feito antes com um "otário".

O apelante, em juízo, negou a prática delituosa, afirmando que o policial apertou as algemas e, após pedir que ele as afrouxasse, recebeu um tapa na cabeça, entretanto, não o ofendeu, nem ameaçou (fls. 143-144).

Em juízo, a vítima Aderildo e a testemunha Luiz Henrique Tavares confirmaram que o apelante proferiu os xingamentos, as ameaças e as várias ofensas em alto tom de voz e com zombaria, no interior da viatura, enquanto era escoltado até o fórum, mesmo após ter afrouxado suas algemas, bem como quando retornou para a delegacia, onde se encontrava preso por outro crime (fls. 92-93).

Portanto, não há falar em atipicidade da conduta, restando plenamente configurado o delito em tela. Conforme bem asseverou a Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 240):

> *"Ademais, conforme esclareceu o Desembargador WALTER LUIZ DE MELO, membro do TJMG, '**o tipo descritivo em tela não exige, ao contrário do que muitos vêm defendendo, qualquer condição anímica do agente, antes pelo contrário, bastaria que as ofensas fossem proferidas contra funcionário público no exercício da função ou em razão dela para que todos os elementos descritivos do tipo encontrassem perfeita adequação**.'*[1]
>
> *Sobre o assunto, colaciono precedentes jurisprudenciais:*
>
> *"**Configura o crime de desacato quando o agente utiliza palavras de baixo calão contra policiais no exercício de suas funções, com intuito de humilhá-los e desprestigiá-los, não se erigindo em excludente o estado de exaltação e nervosismo do acusado**" (RT- 711/340).*
>
> *"Violenta emoção, ainda quando existente, não vale para exculpar, mas apenas atenua a reprimenda que se deva impor" (RT-727/528).*
>
> *"**O agente que profere palavras ofensivas a policiais no exercício de suas funções comete o crime de desacato previsto no art. 331 do CP, não elidindo a imputabilidade o estado de nervosismo do acusado, nem sua embriaguez voluntária**" (RT-757/537).*
>
> *(...)."*

Também não há falar em afastamento da continuidade delitiva**,** pois o apelante praticou o mesmo crime várias vezes, contra a mesma vítima, nas mesmas circunstâncias de tempo e local (enquanto era conduzido até o Fórum, bem como no retorno à Delegacia de Brasilândia) e, ainda, modo de execução (por palavras). Assim, os crimes subsequentes devem ser considerados como continuação do primeiro, aplicando-se a pena de um só deles, aumentada de 1/6 a 2/3.

Quanto à dosimetria da pena, vejamos a fundamentação adotada pelo magistrado, *in verbis* (fl. 156):

> *"Cuida-se de réu que **tinha plena consciência da ilicitude de sua conduta.** Não era a primeira vez que estava sendo processado pela prática de um crime, tanto é que estava preso. **Vezeiro na prática de outros delitos, seja de pequena ou de grande monta.** Atualmente encontra-se preventivamente preso pela prática de uma tentativa de homicídio, ocorrida neste município, além de ser acusado por outra na cidade de Três Lagoas, porém nenhuma delas foi julgada. **Conduta social desajustada com o meio em que vive.** Poucos elementos se coletam acerca de sua personalidade. Motivos, circunstâncias e consequências próprios do tipo penal. **À vista destas circunstâncias, fixo a pena-base para cada conduta em 01 (um) ano de detenção.(…)."***

Constata-se que a pena-base foi aplicada em um ano acima do mínimo legal, por terem sido consideradas desfavoráveis ao apelante as circunstâncias judiciais da culpabilidade, antecedentes e conduta social.

No tocante à circunstância judicial da culpabilidade, deve ficar delimitado que ela somente pode ser considerada negativa quando a conduta do agente se mostrar exacerbada ou censurável. Segundo Ricardo Augusto Schimitt, *"a circunstância judicial atinente à culpabilidade se relaciona à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade*[2]*"*, de modo que devem ser valoradas *"a frieza e a premeditação, as quais revelem maior intensidade no modo de agir do agente (intensidade maior no dolo)*[3]*"*.

1 *TJMG, Ap. Criminal n. 1.0084.10.002733-7/001, Rel. Des. Walter Luiz de Melo, 1*ª Câmara Criminal, j. 28/05/13.

2 SCHIMITT, Ricardo Augusto, *Sentença penal condenatória – teoria e prática*, Ed. Juspodium, 7ª Edição, 2012, p. 113.

3 *Ibid, p. 114.*

O juiz sentenciante valorou negativamente a culpabilidade, explicitando o seguinte: *"Cuida-se de réu que tinha plena consciência da ilicitude de sua conduta."*

Observa-se, claramente, que o critério utilizado pelo juiz da primeira instância não correspondeu aos elementos que devem ser analisados nessa questão, pois não houve apreciação do grau de reprovabilidade da conduta do agente, tampouco se ela se mostrou exacerbada ou censurável.

A potencial consciência sobre a ilicitude da conduta e a inexigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade, elementar do conceito analítico de crime, não pertencendo ao rol das circunstâncias judiciais, porquanto a culpabilidade nele referenciada diz respeito à reprovabilidade social.

Não é possível a valoração negativa da culpabilidade, com base na simples admissão de que o acusado seria imputável, tinha plena consciência da ilicitude do seu ato e lhe era exigida conduta diversa. Na realidade, a culpabilidade será negativamente valorada, apenas e tão somente se ficar demonstrado na sentença que a conduta do acusado extrapolou os limites do tipo, isto é, que tenha sido exacerbada, intensamente reprovável, o que contudo, não ocorreu no presente caso concreto.

Portanto, nota-se que o magistrado da origem confundiu o grau de culpabilidade do art. 59 do Código Penal com a culpabilidade integrante do conceito analítico de crime, prática reconhecidamente equivocada e, que, por isso, deve ser afastada. Dessa forma, conclui-se que a culpabilidade não poderia ter sido valorada negativamente, pois não foi analisado o grau de reprovabilidade da conduta.

Sobre os antecedentes, bem se sabe que eles consubstanciam circunstância judicial que diz respeito aos envolvimentos judiciais anteriores do acusado, onde haja sido condenado por sentença irrecorrível. Não se admite, pois, como "maus antecedentes", a consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso (Súmula 444, STJ).

Assim, considerando que a valoração negativa dos antecedentes depende da existência de condenações amparadas por sentenças transitadas em julgado, pode-se concluir que a análise do magistrado, nesse ponto, pautar-se-á por um critério absolutamente objetivo, isto é, por simples análise à certidão de registros criminais do acusado.

Com enfoque na situação sob exame, pode-se inferir que as respectivas certidões e folhas de antecedentes do apelante foram juntadas às fls. 11-18, 43-55. A partir desses documentos, observa-se que o apelante ostenta em seu desfavor uma condenação por crime anterior amparada por sentença judicial transitada em julgado (desobediência – pena de 06 meses de detenção – ação penal n. 030.09.000297-0 - transitada em julgado em 05/03/10 – fls. 14, 18 e 45).

Nessa perspectiva, pode-se concluir que a atuação do magistrado singular, nesse ponto, foi absolutamente adequada, devendo ser considerados como negativos os antecedentes do apelante.

Com relação à conduta social do apelante, que foi considerada "desajustada com o meio em que vive", deve ser reconhecido que não foi adequada a apreciação feita pelo magistrado sentenciante, não podendo a pena-base ser exacerbada com base nessa circunstância judicial.

Por conduta social deve ser considerado o *"comportamento do agente no seio social familiar e profissional"*, isto é, *"o relacionamento do acusado no meio em que vive"*.[4] Segundo Schimitt, a *"conduta social não se refere a fatos criminosos, mas tão somente ao comportamento da pessoa no mundo exterior que habita*".[5]

4 SCHIMITT, Ricardo Augusto, Sentença penal condenatória – teoria e prática, Ed. Juspodivm. 7ª Edição. 2012. Pág. 130.

5 Ibid. Pág. 131.

Nesse sentido:

> *A conduta social do agente deve ser sopesada em relação à sua situação nos diversos papéis desempenhados junto à comunidade, tais como suas atividades relativas ao trabalho e à vida familiar, dentre outros, não se confundindo com os antecedentes criminais, mas como verdadeiros antecedentes sociais do condenado.*
>
> (STJ, HC 107795/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel. p/ Acórdão Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada Do Tj/Mg), Sexta Turma, julgado em 16/12/2008, DJe 02/03/2009)

Pode-se concluir, portanto, que das circunstâncias judiciais valoradas negativamente na primeira instância, somente aquelas relativas aos maus antecedentes podem prejudicar o apelante, porque, nesse ponto, a decisão do magistrado amparou-se em fundamentos absolutamente idôneos e de natureza concreta, e que ensejam a imposição de uma sanção penal de maior severidade. Todas as demais circunstâncias consideradas pelo magistrado – culpabilidade e conduta social – devem ser afastadas.

Nova dosimetria da pena:

Desta forma, diante da existência de apenas uma circunstância judicial negativa, reduzo a pena-base para 04 (quatro) meses de detenção, montante adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Em virtude da continuidade delitiva, aumento a pena em 1/5 (quantum fixado na sentença – fl. 157), totalizando 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de detenção, a qual torno definitiva neste patamar, ante a ausência de outras circunstâncias a sopesar, alterando o regime prisional para o aberto (fl. 157).

Por fim, considerando que o apelante vem praticando reiteradamente crimes de todos os tipos (homicídio, desobediência, violação de domicílio, dirigir alcoolizado, porte ilegal de arma de fogo, quadrilha), bem como as circunstâncias do delito (além de ofender, proferiu ameaças de morte contra a vítima e sua família), incabível a substituição da pena por restritivas de direitos, pois não seria suficiente para a reprovação e prevenção do delito (art. 44, III, do Código Penal).

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a pena-base do apelante e alterar o regime para o aberto, cujas condições deverão ser fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a pena-base do apelante e alterar o regime para o aberto, 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, 07 de abril de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000446-93.2011.8.12.0038 - Nioaque
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – SUBTRAÇÃO DE INCAPAZ – VÍTIMA QUE CONSENTIU COM O ATO SEXUAL E FUGIU COM O ACUSADO – NAMORADO DA VÍTIMA – ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA – INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO – PERDÃO JUDICIAL – SENTENÇA 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. Não é contra atos sexuais consentidos praticados em razão de relação de afeto (namoro).

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. Em razão disso, deve ser relativizada a vulnerabilidade presumida.

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. Com efeito, à vista da relativização da vulnerabilidade da vítima e, especialmente, diante do seu consentimento no tocante à realização do ato sexual, pode-se concluir que não houve lesão à sua liberdade sexual, o que afasta a tipicidade material da conduta, de modo a impor a absolvição do agente.

3. No crime de subtração de incapazes, sendo este restituído, sem maus-tratos e privações, o que é evidente nos autos, pode o Juiz deixar de aplicar a pena. É causa de extinção da punibilidade.

Na hipótese em tela, evidenciado nos autos que a vítima teria fugido com o acusado, seu namorado na época, e voltado, sem qualquer maus-tratos ou privações, há de ser aplicado o perdão judicial.

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, negar provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 2 de junho de 2014.

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 de fls.194-203 que absolveu o acusado Edmilson Joaquim da Silva da imputação pela prática do crime previsto no art. 217-A e art. 249, ambos do Código Penal, julgando extinta a sua punibilidade, com fundamento nos arts. 107, IX c/c art. 249, § 2º, todos do Código Penal

O órgão acusador pelas razões recursais de fls. 218-233 requer a reforma da sentença, pugnando pela condenação do apelado pela prática das condutas previstas nos arts. 217-A e 249, *caput*, do Código Penal.

O apelado em contrarrazões de fls.238-272 requer o improvimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo parecer de fls. 280-288, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto pelo Ministério Público Estadual contra a sentença de fls.194-203 que absolveu o acusado Edmilson Joaquim da Silva da imputação pela prática do crime previsto no art. 217-A e art. 249, ambos do Código Penal, julgando extinta a sua punibilidade, com fundamento nos arts. 107, IX c/c art. 249, § 2º, todos do Código Penal

O órgão acusador pelas razões recursais de fls. 218-233 requer a reforma da sentença, pugnando pela condenação do apelado pela prática das condutas previstas nos arts. 217-A e 249, *caput*, do Código Penal.

Narra a denúncia que:

> *" No dia 26 de Abril de 2011, por volta de 21:00horas,na Chácara Meia Luz, no Bairro Jóquei Clube, nesta cidade, o Denunciado manteve conjunção carnal com a menor D. M., nascida em 28/05/1998, de apenas 12 anos de idade.*
>
> *Segundo restou apurado, no dia dos fatos, a vítima telefonou para sua genitora dizendo que iria fugir com o Denunciado.*
>
> *Em seguida, o Denunciado, conduzindo sua motocicleta, buscou a vítima nas proximidades da residência dela, e, levando-a aos local dos fatos, manteve conjunção carnal com a menor, dentro de uma tapera abandonada.*
>
> *Acionado o Conselho Tutelar e a Polícia Militar pela genitora da vítima, o caso foi encaminhado à Delegacia de Polícia local, que não logrou êxito em localizar o denunciado e a menor.*
>
> *No entanto, no dia seguinte ao dos fatos, dia 27/04/2011, o denunciado compareceu à Delegacia de Polícia, devidamente acompanhado com seu advogado e confessou a prática delitiva em voga, bem como afirmou que já havia mantido cerca de 5 (cinco) relações sexuais com a vítima."*

Diante desses fatos, o apelado foi denunciado como incurso no art. 217-A, do Código Penal todos do Código Penal. Após a instrução processual, o órgão acusador, pugnou pela condenação do acusado pela prática dos crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) e subtração de incapaz (art. 249, CP).

Após, sobreveio sentença que absolveu o acusado da prática dos delitos penais que lhe foram imputados.

Em razão disso, o Ministério Público estadual interpôs o presente recurso de apelação criminal. Em suas razões recursais postulou pela reforma da sentença, no sentido de condenar o apelado como incurso no 217-A e art. 249, todos do Código Penal.

Enfatizou que existem provas suficientes sobre a autoria e a materialidade delitiva, aptas a ensejar a imposição do decreto condenatório.

Sustenta que no caso em comento a violência presumida não pode ser relativizada e que a vítima teria sofrido várias privações como higiene, dignidade, por ter o apelado a levado para uma "tapera abandonada".

A sentença atacada absolveu o acusado, pelas seguintes razões (fls. 194-203):

> *"Em que pese a materialidade e autoria do crime estejam suficientemente comprovadas por meio de laudo de conjunção carnal de f.39-40 e pelos depoimentos prestados, em especial pela confissão do acusado, não se sustenta eventual condenação.*
>
> *Com efeito, sem adentrar no mérito do conhecimento acerca da idade da vítima – já que o namoro perdurou por diversos meses -, a verdade é que, mesmo tendo havido modificação da legislação penal, o aspecto analítico do crime basicamente continua o mesmo.*
>
> *Isso porque, a alteração foi meramente redacional e os elementos outrora existentes sob a rubrica de "presunção de violência" permanecem praticamente inalterados, especificamente a elementar "menor de 14 (catorze) anos". E, mesmo que a intenção do legislador tenha sido diversa – evitar eventual discussão acerca da presunção de violência ser de natureza absoluta ou relativa -, a mens legislatoris não se confunde com a mens legis.*
>
> *(...)*
>
> *E, no presente caso, a própria vítima narrou que namorou o réu por alguns meses, que o relacionamento era de conhecimento de sua genitora e que as relações sexuais foram consentidas.*
>
> *Não se verifica, assim, a suposta vulnerabilidade no caso concreto, diante da inexistência de fragilidade ou de incapacidade da ofendida em consentir com a prática do ato sexual.*
>
> *Portanto, embora a conduta praticada possa subsumir-se ao disposto no art. 217-A do Código penal, conclui-se que não há tipicidade material por não se vislumbrar qualquer ofensa ao bem juridicamente protegido pela legislação penal, devendo o acusado ser absolvido com base no art. 386, III do Código Penal..."*
>
> *(...)*
>
> *Quanto ao mérito, verifica-se que a materialidade está suficientemente comprovada pelas peças que compõe o inquérito policial e pelos depoimentos prestados, em especial pela confissão do réu nas duas vezes em que ouvido.*

A autoria, de igual forma, também restou provada, uma vez que o acusado confessou que "a vítima tinha dito á sua mãe que ia embora com o acusado; que a vítima que ligou e pediu para que o acusado fosse busca-la tendo em vista que não queria morar com seus pais", conduta essa praticada sem o consentimento dos representantes legais da mesma (f.141).

(...)

Entretanto, o contexto fático permite a aplicação do perdão judicial conforme disposto no art.249 do Código Penal.

"Art. 249 - [...]

§ 2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar a pena".

Dessa forma, em tendo sido a adolescente restituída a seus pais, sem quaisquer maus-tratos ou privações – até porque a conduta criminosa foi praticada a seu pedido e não há qualquer comprovação de que tenha sofrido danos físicos ou morais – deve ser reconhecida a extinção da punibilidade do autor dos fatos nos termos do art. 107, inc.IX c/c o art. 249, § 2º, ambos do Código Penal.

Nessa perspectiva, passo ao exame do pleito recursal.

Quanto à absolvição pelo crime de estupro de vulnerável previsto no art.217-A do Código Penal, necessário, primeiramente, tecer algumas considerações.

Pois bem. 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, que venha atacar a liberdade 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 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 as peculiaridades da situação concreta, no sentido de estabelecer a prevalência da solução mais justa à situação fática posta à análise perante o julgador.

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 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***

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.

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 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

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.*

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 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

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.

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).

In casu, pode-se verificar que se trata de denúncia por crime de estupro contra vulnerável, em que a vítima, na época dos fatos, possuia 12 (doze) anos de idade, enquadrando-se, pois, na situação de vulnerável, à luz do que dispõe a redação legal do art. 217-A do Código Penal.

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 levar à 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 (quatorze) anos, têm noção, nem que seja teórica, do que consiste o ato sexual.

Na atualidade, vê-se o amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades. Em razão do irrestrito o 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, não há falar que as crianças e adolescentes menores de 14 (quatorze) anos, hoje em dia, não tenham noções sobre sexualidade. É certo, também, que há situações que em razão de situação de local onde vivem, de escolaridade e de meio social, essas noções podem ser de menor alcance, assim como também pode ocorrer que possa não haver esse conhecimento.

Por isso, há que se analisar todas as circunstâncias do caso concreto, não se podendo estabelecer responsabilidade penal objetiva.

No vertente caso, pode-se constatar que não foi a menor envolvida em ato sexual sem sua vontade. Pelo contrário, a relação sexual foi devidamente consentida pela vítima. Nesse sentido são os depoimentos colhidos na fase de instrução, que se revelam às fls.136-141.

A propósito, nesse mesmo sentido é o entendimento da jurisprudência que se estabeleceu sobre o tema. Vejamos:

"(...). A caracterização de violência presumida no crime de estupro, não depende somente de a vítima ser menor de quatorze anos, mas, que ainda seja inexperiente a respeito de sexo. Noutro dizer, "vulnerável", indefesa. 3.Rejeitada a preliminar e dado provimento ao recurso do réu. (TJDF; Rec. 2007.07.1.035814-0; Ac. 452.372; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. João Timóteo de Oliveira; DJDFTE 07/10/2010; Pág. 160)."

"(...). A circunstância de a vítima ser menor de quatorze anos não basta para que se afirme como caracterizado o estupro, sendo relativa a presunção de violência, sobretudo se a menor mantém união estável com o agente, de quem, inclusive, encontra-se esperando um filho. (Apelação Criminal n. 2010.026539-1 – Corumbá, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, Primeira Turma Criminal, julgado em 11.1.2011).

"(...). O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a innocentia consilii do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor nenhum ao seu consentimento. Ausente esse elemento, afasta-se a presunção. 2. Sendo a relação sexual praticada de forma consentida, decorrência natural de namoro, a presunção de violência prevista no art. 224, a, do Código Penal, resta afastada, ainda que a vítima contasse com 12 anos de idade, desde que presente a

autodeterminação e ciência do ato que praticara. (TJAC; APL 0012970-26.2003.8.01.0001; Ac. 11.309; Rel. Des. Pedro Ranzi; DJAC 02/06/2011; Pág. 25).

"(...). O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade é a proteção contra o abuso e a violência. Não é contra atos sexuais consentidos praticados em razão de relação de afeto. II. Se o réu demonstrar que a vítima, ainda que protegida pelo art. 224, alínea 'a', na antiga redação do Código Penal, tinha pleno conhecimento e vontade do que fazia, não há falar em violência presumida. Vencido o relator. III. O consentimento da adolescente à prática da conjunção carnal afasta a presunção de violência e a tipificação do crime de estupro de vulnerável. lV. Apelo improvido. Maioria. (TJDF; Rec. 2009.06.1.002133-4; Ac. 493.776; Primeira Turma Criminal; Relª Desig. Desª Sandra de Santis; DJDFTE 13/04/2011; Pág. 385).

"(...). A presunção de violência de que tratava a alínea ""a"" do art. 224 do Código Penal, hoje revogado, é relativa, de tal sorte que, se comprovado que a conjunção carnal ocorreu em vista de consentimento espontâneo da vítima, que se deu espontaneamente, entre um casal de namorados, sem que tenha havido qualquer violência, não há tipicidade delitiva a impor uma condenação por crime de estupro. (TJMG; APCR 2531867-64.2008.8.13.0433; Montes Claros; Sétima Câmara Criminal; Rel. Des. Duarte de Paula; Julg. 06/10/2011; DJEMG 21/10/2011)."

Com efeito, presumir, de maneira absoluta, a existência de vulnerabilidade em fatos onde ela não concorreu, importaria no reconhecimento da responsabilidade objetiva, repudiada no nosso sistema penal, por violar, de outros, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência.

O principal fundamento da intervenção penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e a violência sexual, assim como a exploração sexual do vulnerável e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente e que decorram de consentimento não viciado e que a vítima não seja criança.

Não é papel do direito penal limitar a liberdade sexual, mas sim, apenas garanti-la dentro dos padrões de normalidade. Embora não seja negada a missão fundamental de tutelar bens jurídicos, a intervenção do direito penal depende de efetiva lesão ou perigo (concreto) de lesão ao bem tutelado pela norma.

A liberdade sexual, bem jurídico que orienta a punição dos crimes sexuais, tem a ver com a livre disposição do corpo para fins sexuais, bem como com o direito de não ser a pessoa envolvida em atividades sexuais sem seu consentimento ou para fins de exploração.

Se a relação sexual é consciente e validamente consentida, consubstanciada em relação de "namoro", não há afetação real dessa liberdade. Consequentemente, eventual punição do ato que não atingiu o bem jurídico violaria, na verdade, o princípio do *nullum crimen sine injuria* (não há crime sem ofensa).

A ofensividade do bem jurídico deve derivar, obviamente, da conduta do agente, e não de presunção estabelecida pelo legislador ordinário. O Direito Penal da culpa – isto é, aquele apoiado no princípio da culpabilidade – pressupõe não haver responsabilidade penal seja por ato de outrem, seja por ato inexistente.

Nesse sentido, destaco o seguinte julgado:

"O direito penal moderno e 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 a conduta delituosa. Conduta e fenômeno ocorrente no plano da experiência. E fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa e inconciliável com presunções de fato, que se recrudesça a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem,

> *corolário do imperativo da justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O principio da legalidade fornece a forma e princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. Na hipótese dos autos, entretanto, o acórdão fundamentou a condenação na conduta do réu, que teria se valido de grave ameaça para conseguir o seu intento. (Resp nº 46.424/RO, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 8.8.1994).”*

Na situação vertente, a liberdade sexual da vítima – bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora – não foi afetada, haja vista que ela (vítima), que contava com 12 (doze) anos de idade na época, manteve conjunção carnal com o apelado de forma absolutamente voluntária e consentida. Não houve, pois, dissenso. Não houve, pois, a imposição de qualquer violência por parte do apelado, ou a oposição de qualquer tipo de resistência por parte da vítima.

Inexiste, portanto, lesividade ao bem jurídico, situação que afasta a necessidade de intervenção do direito penal.

Assim, 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, “não há infração penal quando a conduta não tiver oferecido ao menos perigo de lesão ao bem jurídico”[6].

Por demais, é de salutar importância ponderar que em razão das circunstâncias peculiares do caso concreto, a imposição de eventual édito condenatório poderia configurar indiscutível prejuízo ao apelado, de magnitude imensurável, sobretudo em razão da severidade da sanção penal prevista estabelecida na norma penal em abstrato.

Ademais, a condenação prejudicaria, também, a integridade moral do apelado, afetando negativamente o seu relacionamento perante a sociedade.

Nesse contexto, bem ponderou o Magistrado sentenciante:

> *“Uma coisa é combater e punir com rigor a pedofilia – conduta que causa repugnância em qualquer pessoa -, outra totalmente diferente é impor a pecha de estuprador a alguém sem antecedentes e que mantinha relação de namoro com a suposta vítima, diga-se de passagem, com o consentimento de sua genitora.”*

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 condenação 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”.***

6 *Masson, Cleber – Código Penal Comentado. São Paulo: MÉTODO, 2013, p.11.*

Portanto, com enfoque nesses fundamentos, deve ser afastada a pretensão recursal respectiva, de modo a prevalecer a absolvição do apelado para o fim de admitir a relativização da vulnerabilidade.

Por fim, quanto a extinção da punibilidade do apelado pela prática do crime previsto no art. 249 do Código Penal, fica mantida também a sentença prolatada.

Quanto ao crime tipificado pelo art. 249 do Código Penal relativo a subtração de incapazes, pelo Magistrado sentenciante foi reconhecida a causa extintiva da punibilidade prevista no § 2º do artigo em comento, que estabelece:

"No caso de restituição do menor ou interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar a pena."

Bem se sabe que o bem jurídico penalmente protegido é o poder familiar. No caso em comento, não se olvide que a vítima foi retirada da esfera de vigilância da sua genitora, ainda que por ter querido fugir com o seu namorado.

O contexto fático, por si só, é autorizador do perdão judicial. Consta dos autos que a vítima retornou para sua casa, após a fuga consentida com o apelado, na época seu namorado.

Inexiste nos autos sequer indícios de que a vítima teria sofrido maus-tratos ou privações, até porque a sua fuga de casa com o seu namorado da época foi a seu pedido.

Com vista ao contexto fático probatório evidenciado no processo e as peculiaridades da hipótese em tela, fica mantida inalterada a absolvição e a extinção da punibilidade do apelante, nos termos da sentença proferida.

Diante do exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL, 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, 02 de junho de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0802583-38.2012.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL – EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA – HOMOLOGAÇÃO DO LAUDO PERICIAL PELO MAGISTRADO – DECISÃO DO INCIDENTE – EFEITOS LIMITADOS – INSURGÊNCIA DO ÓRGÃO ACUSADOR QUANTO À REALIZAÇÃO DO LAUDO POR PSICÓLOGO – PERITO DO JUÍZO – AUXILIAR DA JUSTIÇA – INEXISTÊNCIA DE ÓBICE LEGAL – RECURSO DESPROVIDO.

1. O exame de insanidade mental não leva a um imediato julgamento do mérito do processo principal a que está vinculado, mas apenas oferece elementos para a formação da convicção quanto ao seu resultado, no momento oportuno, tanto que nesse incidente o Magistrado se limita a homologar o laudo pericial.

2. O Juiz está livre para decidir e apreciar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma motivada. É o que se extrai do art. 155 do Código de Processo Penal e do art. 93, IX da Constituição Federal. Diante desse contexto, a insurgência do apelante de que o laudo pericial apresentava divergência porque deveria ter sido elaborado por psiquiatra e, não por psicólogo, não convence.

3. Estando o laudo pericial regular, o Juiz processante o homologa. A homologação do laudo não significa concordância, dizendo respeito somente quanto aos aspectos formais, como já assentado. O juiz não está vinculado ao laudo, em razão do princípio do livre convencimento do juiz.

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, 1 de abril de 2014.

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 decisão de fls.53-54 que homologou o laudo pericial (fls.32-46) produzido nos autos do presente incidente de insanidade mental, objetivando a reforma da decisão para o fim de que a perícia de sanidade mental seja realizada por médico psiquiatra.

Defende o apelante que o periciado deve ser submetido a exame médico-legal e, que por isso, somente deve ser realizado por médico psiquiatra que poderá atestar com certeza ser o o réu semi-imputável.

O apelado em contrarrazões de fls.77-81 requereu o improvimento do recurso interposto.

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo Parecer de fls. 88-92, manifestou-se, opinando pelo improvimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão de fls. 53-54 que homologou o laudo pericial (fls.32-46) produzido nos autos do incidente de insanidade mental, objetivando a reforma da decisão para o fim de que o exame sobre a integridade mental do acusado seja realizada por médico psiquiatra.

Examinando o processo, infere-se que o réu foi pronunciado como incurso no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, nos autos da ação penal 003419-44.2012.

No curso da ação penal foi instaurado incidente de insanidade mental por requerimento do acusado, através de sua advogada, para a realização de exame toxicológico e de insanidade mental.

Pelo Magistrado de origem foi deferida a realização de exame de dependência toxicológico pleiteado pela defesa, com nomeação de psicóloga do setor de psicologia do Tribunal de Justiça, lotada na Comarca de Ponta Porã (fl.15-16).

Às fls. 32-46 foi apresentado relatório psicológico pelo setor de psicologia da referida Comarca.

O Ministério Público requereu a nomeação de médico psiquiatra para a realização de exame, com a não homologação do laudo. A defesa do acusado, na ocasião, assistido pela Defensoria Pública, pleiteou a homologação do laudo pericial.

Pela decisão atacada (fls.53-54), o Magistrado de origem homologou o laudo pericial de fls.32-46 (relatório psicológico).

A decisão em questão foi assim proferida:

> *"A impugnação do Ministério Público não prospera.*
>
> *Não há nenhum óbice legal à realização de exame toxicológico por profissionais da psicologia. Aliás, é plenamente válido, afinal, a perícia toxicológica é matéria afeta ao ramo da Psicologia Forense (Nesse sentido: CROCE & CROCE JÚNIOR, Manual de Medicina Legal, 7ª edição). Tanto é verdade que a E. Corregedoria-Geral de Justiça cadastra profissionais da área da Psicologia como peritos criminais.*
>
> *Além disso, como bem salientado pela Defesa (f. 51-52):*
>
> *"Outrossim, não merece acolhida a impugnação ministerial, haja vista que os profissionais da psicologia, assim como os da psiquiatria, podem atuar como peritos em processos judiciais, porquanto a distinção entre as especialidades é que somente os médicos psiquiatras prescrevem remédios psicotrópicos, entretanto, os psicólogos detém a exclusividade de aplicação de testes psicológicos. Nesse sentido, considerando*

a exclusividade dos profissionais da psicologia, é certo que a avaliação da capacidade cognitiva do réu, o que é questionado no caso concreto, é perfeitamente possível ao perito nomeado. Ademais, dentre as disciplinas ministradas no curso de psicologia, estão a psicofarmacologia, neuropsicologia, psicopatologia, psicologia social e institucional, o que torna interessante a atuação de perito dessa área para avaliação em casos de dependentes químicos. Assim, os profissionais da psicologia, assim como os da psiquiatria, estão habilitados a avaliar pacientes com transtornos ou perturbações mentais, e dar parecer conclusivo, conforme previsto na Lei n. 4.112/62. Nada obstante, é fato que em tratamentos de dependentes químicos é indicado a atuação conjunta do psicólogo e do psiquiatra, de forma que a avaliação por aquele profissional é legal e válida.

No mais, a jurisprudência admite a nomeação de psicólogo, senão vejamos:

EXECUÇÃO PENAL: 1) Alegação de nulidade de exame criminológico realizado, diante da não participação de um médico psiquiatra no referido exame. Não ocorrência. Exame realizado por profissionais (psicólogo, assistente social e diretores técnicos) responsáveis pelas diversas áreas relacionadas à ressocialização, mostrando-se razoável para o fim a que se destina. 2) Alegação de nulidade de exame criminológico realizado, por ofensa ao princípio do contraditório. Manifestação acerca do laudo nas razões de agravo. Possibilidade de retratação. Posterior exame pelo Juízo, que houve por bem manter a decisão. Ausência de prejuízo. Não ocorrência. 3) PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. Falta de requisito subjetivo. Exame criminológico desfavorável. Presença de histórico prisional conturbado. Manutenção da decisão impugnada. 4) AGRAVO NÃO PROVIDO.(TJ-SP - EP: 1204360820118260000 SP 0120436-08.2011.8.26.0000, Relator: Eduardo Braga, Data de Julgamento: 28/02/2012, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 29/02/2012) (grifei)

No caso vertente, o relatório psicológico atestou a dependência física e psicológica do réu em relação a substâncias entorpecentes e que ele, apesar de entender o caráter ilícito do fato, não era, ao tempo da ação, inteiramente capaz de se determinar de acordo com esse entendimento, o que caracteriza a semi-imputabilidade e, há hipótese diagnóstica de síndrome pós-traumática devido a lesão cranio-encefálica sofrida no ano de 2007 em razão de um acidente, sendo então submetido a duas cirurgias na cabeça.

ANTE O EXPOSTO, homologo o laudo pericial de f. 32-46 (relatório psicológico), determinando a juntada de cópia daquele e da presente decisão nos autos da ação penal (0003419-44..2012.8.12.0019). Uma vez juntado nos autos principais, dê-se vista às partes para ratificação ou complementação de suas alegações finais.

Dê-se ciência desta decisão às partes.

Às providências."

Sustenta o apelante que o laudo produzido no processo deixa dúvidas se o apelado é ou não semi-imputável, pelo que defende que somente o médico psiquiatra poderá atestar com certeza essa condição.

Nesse ponto, de fato, como já foi ponderado pelo magistrado de origem, "Não há nenhum óbice legal à realização de exame toxicológico por profissionais da psicologia".

Acrescente-se, ainda, que se trata de perita oficial, vinculada ao setor de psicologia do Poder Judiciário lotada na Comarca onde tramita a ação penal.

Com efeito, pelo que verifica do processo, na origem, o apelante, teve ciência da nomeação dessa perita oficial anteriormente, não se insurgindo contra a nomeação, apresentando, inclusive a sua quesitação.

O apelante se insurgiu contra a elaboração de laudo pericial pela perita indicada, defendendo que a elaboração do laudo deveria ter sido por psiquiatra, somente depois da confecção do laudo pericial. Portanto, ciente da nomeação, nada alegou. Aguardou a realização do trabalho técnico para depois fazer essa alegação.

Afirma o apelante que há divergências nas informações da psicóloga que subscreveu o laudo e que por isso somente um psiquiatra poderia esclarecer, com certeza, se o apelante seria ou não semi-imputável.

Ocorre que, sem sequer solicitar esclarecimentos quanto às divergências apontadas, o órgão ministerial contesta o resultado do exame, se limitando a dizer que a conclusão do relatório é temerária, desprovida de certeza e segurança e por isso, defende que a perícia deva ser realizada por um perito oficial com especialidade em psiquiatria.

Em que pese a insurgência do órgão ministerial, com vistas à peculiaridade do caso em exame, razão não lhe assiste.

Como já dito, em primeiro lugar inexiste óbice legal quanto à indicação de perito oficial do Poder Judiciário para a realização de exame toxicológico. A perita indicada é do setor de psicologia, com formação na área.

Seguindo, a hipótese em discussão trata-se de manifesta questão incidente tipicamente probatória, como define Eugênio Pacelli Oliveira: *"questões tipicamente probatórias, seja no âmbito da aferição da culpabilidade (incidente de insanidade mental), seja no da materialidade do delito (tipicamente de falsidade documental)"*[1]

Como bem se sabe, o processo de incidente de insanidade mental, é instrumento para produção de prova específica, que demanda um procedimento em autos apartados, dada as suas particularidades de acordo com as regras estabelecidas pelos arts. 149 a 154 do Código de Processo Penal.

Com vistas às disposições legais, o exame de insanidade mental não leva a um imediato julgamento do mérito do processo principal a que está vinculado, mas apenas influencia no seu resultado, no momento oportuno, tanto que nesse incidente o magistrado se limita a homologar o laudo pericial.

Acrescente-se ainda, que o convencimento do julgador é o anseio das partes litigantes, que procurarão fazê-lo por intermédio das provas carreadas ao processo.

Entretanto, por força do art. 155 do Código de Processo Penal, "O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial..."

O Juiz está livre para decidir e apreciar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma motivada. É o que se extrai do art. 155 do Código de Processo Penal e do art. 93, IX da Constituição Federal.

Diante desse contexto, a insurgência do apelante de que o laudo pericial apresentava divergência porque deveria ter sido elaborada por psiquiatra e, não por psicólogo, não tem consistência.

No caso de existência de divergências no laudo pericial, como alega o Ministério Público, poderia, a princípio, solicitar esclarecimentos em relação a essas divergências, atacando o exame produzido, na sua essência e, não porque foi elaborado por psicólogo e por isso não era conclusivo.

1 Oliveira, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal,. 3 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p.285.

Aliás, sem aprofundar a discussão pretendida pelo apelante quanto à capacidade técnica de psicólogos e psiquiatras, conveniente transcrever o artigo publicado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por seu Programa de Pós-Graduação em Psicologia, bem esclarecedor quanto a questão posta pelo apelante. Vejamos.

> *"Este artigo tem como objetivo discutir alguns referenciais históricos da Psicologia Jurídica no Brasil e, a seguir, apresentar os principais campos de atuação, como uma sucinta descrição das tarefas desempenhadas pelo psicólogo em cada um deles."*[2]
>
> *(...)*
>
> *- Psicólogo jurídico e o direito penal: o psicólogo pode ser solicitado a atuar como perito para averiguação de periculosidade,* ***das condições de discernimento ou sanidade mental das partes em litígio ou em julgamento (Arantes, 2004).*** *Portanto, destaca-se o papel dos psicólogos junto ao Sistema Penitenciário e aos Institutos Psiquiátricos Forenses."*
>
> *Ainda, o artigo de Roberto Lazaro Silveira:*
>
> *"****A perícia feita por Psiquiatra ou Psicólogo é opção do Juiz ou das partes, não há nada que um faça como perito que o outro não possa fazer.***
>
> *A exclusividade do psiquiatra é receitar remédios psicotrópicos, no entanto, o psicólogo detém exclusividade de aplicação de testes psicológicos.* ***Como não trata-se de tratamento medicamentoso e sim perícia ambos estão habilitados para o trabalho."***[3]
>
> *Pelo acusado foi requerida a realização de exame toxicológico e de insanidade mental.*
>
> *Pelo Magistrado foi deferido o exame de dependência toxicológica (fl.15).*
>
> *Realizou-se o exame, conforme relatório de fls. 32-46:*
>
> *Em conclusão, a perita informa que:*
>
> *"Mediante observação de aspectos físico-comportamentais, bem como através de testagem básica de aspectos mentais, psicoemocionais e cognitivos do avaliado, pudemos constatar que o aparato mental e cognitivo encontra-se em deficit, havendo indicativos de disfunção neuropsíquica de causa exógena (traumatismo cranio-encefálico e uso abusivo de drogas)."*

Em resposta à quesitação, em síntese, a perita responde que (fl.39), "... era o acusado portador de perturbação da saúde mental ao tempo da ação imputada."

Os quesitos que julgou prejudicado, pelo que se colhe do laudo são os que diante de uma resposta negativa, o quesito seguinte não pode ser respondido porque requeria uma resposta positiva, por exemplo, à fl.39 do laudo, o quesito "e" dispunha que:

> *"Se negativa a resposta ao 1o quesito, o acusado Roberto Romão Lopes é portador de desenvolvimento mental incompleto ou retardado?*
>
> *R: Não.*

2 Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Instituto de Psicologia, Programa de Pós-Graduação em Psicologia. R.Ramiro Barcelos, 2600, Sala 120, Santana, 90035-003, Porto Alegre, RS, Brasil.

3 http:// robertolazaro.Net/psicólogo-ou-psiquiatra-para-perito

O quesito seguinte "f":

"Em caso afirmativo, esse desenvolvimento mental incompleto, ou retardado, o tornava inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato?

R: Prejudicado."

Nesse sentido, aliás, foi o Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fl.90):

"No que tange ao presente Relatório Psicológico, é preciso observar que o trecho da perícia destacado pela I. Promotora de Justiça não se contrapõe às respostas aos quesitos "o" (fl.40), "l" (fl.43), "8" (fl.44) e "8", (fl.45).

Ou seja, o fato de o apelado ter "consciência de si e do mundo, sendo de realidade, noção de valores e limites socialmente impostos, percepção e orientação físico-temporal, capacidade afetivo-emocional, defesas e limites do ego preservados", não afasta a hipótese de que, no momento do crime, fosse relativamente incapaz de determinar-se de acordo com o seu entendimento, em razão do abuso de substância entorpecente.

Ainda, em sua conclusão, a perita é bastante clara quando afirma que o "aparato mental e cognitivo encontra-se em déficit, havendo indicativos de disfunção neuropsíquica de causa exógena (traumatismo cranio-encefálico e uso abusivo de drogas)".

Enfim, o fato de o exame de dependência toxicológica ter sido elaborado por psicólogo não o vicia, por si só, tanto que o apelante se limita a dizer que o laudo teria sido temerário por isso e que somente poderia ser conclusivo se fosse elaborado por um psiquiatra.

Ora, como já dito, o Juiz está livre para decidir e apreciar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma motivada.

No caso, em se tratando de incidente de insanidade mental, o fato de o laudo homologado ter sido elaborado por psicólogo, ao invés de psiquiatra, não é capaz de o combater, sobretudo porque o apelante não demonstra que a conclusão do laudo estaria equivocada, que o réu não seria semi-imputável.

Isso, por certo, poderia combater a homologação de um laudo pericial. Porém, meras suposições de divergências só porque o laudo foi elaborado por perita oficial psicóloga não são capazes de combater o laudo produzido, pois sequer foram apontados vícios capazes de macular o laudo produzido.

Somado a isso, o incidente de insanidade mental é um processo incidental que não ampara decisão definitiva de semi-imputabilidade do apelante, se limitando o julgador à homologação do laudo pericial, sem conclusão quanto ao mérito da demanda porque ainda em trâmite a ação penal.

Estando o laudo regular, o juiz processante o homologa. A homologação do laudo não significa concordância, dizendo respeito somente quanto aos aspectos formais, como já assentado. O juiz não está vinculado ao laudo, em razão do princípio do livre convencimento do juiz.

Acrescente-se ainda, por oportuno, que é direito constitucional, a duração razoável do processo, não se justificando o atraso no trâmite da ação penal para que seja realizado nova prova pericial por psiquiatra somente porque o órgão acusador não se convenceu da certeza de laudo pericial elaborado por psicólogo, sem sequer apontar vício que macule a prova produzida.

Destaco julgado deste Tribunal de Justiça que bem se coaduna ao caso em exame:

"APELAÇÃO CRIMINAL EM OUTROS PROCESSOS – PROCESSO PENAL – EXAME DE INSANIDADE MENTAL – RECONHECIMENTO DE INIMPUTABILIDADE - PROCESSO INCIDENTAL – LIMITAÇÃO QUANTO À HOMOLOGAÇÃO DA PERÍCIA –

SEMI-IMPUTABILIDADE – MATÉRIA QUE DEVE SER ANALISADA NA AÇÃO PENAL – PROVIMENTO PARCIAL.

O exame de insanidade mental é um processo incidental, que não alberga a análise definitiva sobre a inimputabilidade do acusado.

Constatada a incapacidade (total ou parcial) do agente caberá ao julgador homologar o respectivo laudo pericial, postergando a apreciação quanto à aplicabilidade do art. 46 da Lei n. 11.343/069, juntamente com as demais provas constantes da ação penal (processo principal)".

Apelação Criminal do "Parquet" a que se dá parcial provimento, para limitar o apreço referente ao laudo pericial aos limites cabíveis no incidente processual". [4]

Nesse sentido, o julgado abaixo:

EMENTA – HABEAS CORPUS – INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL – FORMULAÇÃO DE QUESITOS – EXAME DAS CREDENCIAIS DOS PERITOS. Os exames de incidente de insanidade mental servem para verificar se o Paciente era ou não capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta no momento do delito. Os quesitos formulados pelas partes devem guardar relação com o incidente de insanidade mental instaurado, não podendo ser imprecisos e genéricos. A nomeação de peritos cabe ao juiz da causa, sem a intervenção das partes, conforme a legislação penal processual castrense em vigor, cabendo a sua impugnação no tempo certo e oportuno. Ordem conhecida e denegada. Decisão unânime.[5]

Com base nessas premissas, afasto a pretensão recursal respectiva formulada pelo apelante.

Diante do exposto, com o Parecer, nego provimento ao recurso ministerial interposto.

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, 01 de abril de 2014.

***

4 AC nº 2009.020757-7/0000-00, Des. Rel. Carlos Eduardo Contar.

5 HC 1524120127000000 AM 0000152-41.2012.7.00.0000, Rel. Des. Artur Vidigal de Oliveira.

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0800786-38.1999.8.12.0001/50000 - Cassilândia
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – EXECUÇÃO PENAL – AGRAVO INTERPOSTO PELO MPE – SOMA DAS PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AFRONTA AOS ARTIGOS 33, 69 E 76 DO CÓDIGO PENAL – RECURSO PROVIDO.

O Código Penal traz uma separação de ordem conceitual entre as penas de reclusão e detenção em seus artigos 33, 69 e 76, bem como, o condenado que cumpre pena detentiva somente poderá ir para o regime mais rigoroso (fechado) em razão de seus atos que obriguem a imposição da regressão de regime, não sendo possível a soma das penas de reclusão e detenção, sob pena de prejuízo ao apenado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, prover os embargos infringentes, nos termos do voto do Relator, vencido o 4º Vogal.

Campo Grande, 22 de abril de 2014.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tratam-se de embargos infringentes (f.01-10) interpostos por Marcos Alves de Oliveira em face do acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal (f.529-541), que, por maioria, deu provimento ao agravo interposto pelo Ministério Público Estadual para retificar o cálculo de sua pena, com a unificação e somatório das penas detenção com a de reclusão, os termos do voto do relator Des. Romero Osme Dias Lopes, vencido o vogal Des. Ruy Celso Barbosa Florence que negava provimento ao recurso.

Narra o embargante que o Ministério Público Estadual interpôs agravo de execução penal, pugnando pela retificação do cálculo, fazendo constar as penas de detenção de 5 meses, 2 anos e 4 meses, 5 meses e 1 ano e 8 meses e também a pena de 1 ano e 06 meses de reclusão, para fins de unificação e progressão de regime, sendo o recurso provido.

Aduz que deve prevalecer o voto minoritário, pois o embargante que de fato, houve a preclusão do pedido realizado pelo embargado, uma vez que não suscitou a tese no momento oportuno, quedando-se silente relativamente ao tema da unificação de penas quando instado a manifestar-se, ocorrendo a preclusão.

Afirma que as penas de detenção e reclusão não podem ser somadas para fins de cálculo de progressão de regime, pois rechaçado pelos artigos 69 e 76, do Código Penal.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso a fim de prevalecer o voto minoritário.

Embargos infringentes admitidos às f.12.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo improvimento dos embargos infringentes (f. 16-24).

VOTO DIA 08/04/2014

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Tratam-se de embargos infringentes (f.01-10) interpostos por Marcos Alves de Oliveira em face do acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal (f.529-541), que, por maioria, deu provimento ao agravo interposto pelo Ministério Público Estadual para retificar o cálculo de sua pena, com a unificação e somatório das penas detenção com a de reclusão, nos termos do voto do relator Des. Romero Osme Dias Lopes, vencido o vogal Des. Ruy Celso Barbosa Florence que negava provimento ao recurso.

Adianto desde já que o presente recurso merece provimento.

Marcos cumpre pena desde 1997, sendo condenado pela prática de homicídio qualificado à 20 anos de reclusão, sentença transitado em julgado em 9/8/1999 (f.85).

Em 28 de março de 2000, foi condenado à pena de 8 meses de detenção, a ser cumprida no regime prisional inicial semiaberto , trânsito em julgado em 28/4/2000.

Posteriormente, em 2011, sobreveio nova condenação de Marcos por furto havendo unificação das penas de reclusão (f.318-320).

Em 7 de março de 2013 houve nova unificação das penas de Marcos (f.454-457):

> *"07/03/2013 - Soma de pena*
>
> *Capitulação : Art. 121 § 2º, II, III, IV e Art. 155 § 4º, I, IV e Art. 147 "caput" e Art. 163 "único", I, III e*
>
> *Art. 329 "caput" e Art. 330 e Art. 331 todos do(a) CP*
>
> *Pena privativa de liberdade*
>
> *Pena : Reclusão: vinte e dois anos. Detenção: seis anos e dois meses. Total geral: vinte e oito anos e dois meses.*
>
> *Capitulação : Art. 121 § 2º, II, III, IV e Art. 155 § 4º, I, IV e Art. 147 "caput" e Art. 163 "único", I, III e*
>
> *Art. 329 "caput" e Art. 330 e Art. 331 todos do(a) CP*
>
> *Regime hediondo : Fechado (Possibilita progressão de regime em crime hediondo)*
>
> Regime reclusão : Semi-aberto
>
> Regime detenção : Semi-aberto [...]
>
> Processos somados

Processo 0025368-18.2011.8.12.0001

Data / Local do delito: 30/01/2010

Recebida a denúncia: 19/02/2010

07/02/2011 - Sentença Condenatória

Capitulação : Art. 155 § 4º, I, IV do(a) CP

Pena privativa de liberdade

Pena : Reclusão: dois anos.

Capitulação : Art. 155 § 4º, I, IV do(a) CP

Regime reclusão : Aberto

Pena de multa [...]

Processo 0000540-66.2013.8.12.0007

Data / Local do delito: 12/09/2011

14/09/2012 - Sentença Condenatória

Capitulação : Art. 147 "caput" e Art. 163 "único", I, III e Art. 329 "caput" e Art. 330 e Art. 331 todos do(a) CP

Pena privativa de liberdade

Pena : Detenção: seis anos e dois meses.

Capitulação : Art. 147 "caput" e Art. 163 "único", I, III e Art. 329 "caput" e Art. 330 e Art. 331 todos do(a) CP

Regime detenção : Semi-aberto"

Cinge-se a questão a possibilidade da soma da pena de reclusão com detenção.

Realmente a matéria é bastante controvertida. Apesar do artigo 111, da LEP determinar que *"Art. 111 - Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou Parágrafo único - Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime",* tenho que não seja possível a soma das penas de detenção com reclusão.

É que o artigo 33, do Código Penal dispõe que *"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**".*

Por seu turno, explicita o artigo 69, do Código Penal que *"Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. **No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela**" e o artigo 76, do* Código Penal que *"Art. 76. No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave".*

Verifica-se que o Código Penal já trouxe uma separação de ordem conceitual entre as penas de reclusão e detenção, ou seja, o condenado que cumpre pena detentiva somente poderá ir para o regime mais rigoroso (fechado) em razão de seus atos que obriguem a imposição da regressão de regime.

Assim, *v.g.*, se o agente cumpre pena de detenção no regime semiaberto e comete falta grave (fuga), é regredido cautelarmente ao regime fechado e, caso sua justificativa não seja aceita, será regredido ao regime fechado, com a perda de parte dos dias remidos.

A soma da pena de reclusão com a pena de detenção implica em prejuízo ao apenado, pois, como exposto no voto do Des. Ruy Celso Barbosa Florence, "aumentaria, indevidamente, a permanência do apenado naquele regime mais gravoso, pois, uma vez somada, a pena de detenção seria considerada para fins de progressão de regime" (f.537).

A propósito da questão, o Des. Carlos Eduardo Contar, relator do HC 0026963-21.2012.8.12.0000, considerou ilegal tal unificação, ponderando que

> "Em que pese o fato de caber ao Juízo das Execuções Penais proceder à unificação das condenações eventualmente existentes em desfavor do réu, é certo que tal medida deve ter em conta as respectivas espécies de pena cominadas, distinguindo as de reclusão das de detenção, por se tratarem, como cediço, de sanções de gravidade diversa.
> Ao discorrer sobre o tema, os doutrinadores Heráclito Antônio Mossin e Júlio César O. G. Mossin prelecionam:
>
> > *'Fazendo uso de raciocínio mais prático no campo da execução da pena privativa de liberdade, se houver condenação a mais de uma pena de reclusão, em um mesmo processo ou em feitos diferentes, essas podem ser somadas para efeito de estabelecimento do regime prisional inicial ou da alteração do regime em curso, posto tratar-se de sanções da mesma espécie, que são descontadas da mesma maneira. Entretanto, se a cumulação da sanctio legis envolver espécie de penas diferentes, está vedada a soma, mesmo porque a forma de seu cumprimento é diferente no campo do regime prisional.Sendo assim, enquanto a pena de reclusão pode ser cumprida inicialmente no regime fechado, semiaberto ou aberto, a de detenção tem como regime inicial o semiaberto ou aberto. É o que se vê no art. 33, caput, do Código Penal.Isso se mostra plenamente concorde com o que se encontra disciplinado pelo art. 111, da Lei de Execução Penal, verbis: 'quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição'.'*[1]*E continuam: 'Em circunstâncias desse matiz, havendo a condenação cumulativa de penas de espécies diferentes, a exemplo da reclusão e detenção, as mesmas não podem ser objeto de adição para efeito de determinação do regime inicial de cumprimento da reprimenda legal. Ad argumentandum,* ***se pela soma das penas de reclusão e detenção fosse eleito o regime inicial fechado, estar-se-ia diante de plena ilegalidade ao que se encontra disposto no art. 33, caput, do Código Penal, que prevê que a pena detentiva somente pode ser cumprida em regime inicial aberto ou semiaberto.****Sob outro ângulo analítico, agora no âmbito prático, se as duas penas devem ser cumpridas inicialmente no regime semiaberto, cumprida a sanção reclusiva, passa o condenado a descontar aquele de caráter detentivo. Em outro sentido, se a pena de reclusão comportar regime inicial fechado, deverá haver a progressão para regime carcerário mais benéfico*

1 *Comentários ao Código Penal à luz da doutrina e da jurisprudência*, São Paulo: JH Mizuno, 2012, p. 429/430.

e, findo seu cumprimento, passar-se-á à execução da pena de detenção.' [2]*Neste diapasão, o melhor entendimento jurisprudencial: 'Tratando-se de unificação de penas diversas, detenção e reclusão, há que se fazer a distinção entre elas, pois nos termos do art. 69 do Código Penal, quando houver aplicação cumulativa de pena de reclusão e de detenção, primeiro se executa aquela.'* [3] *'Inobstante o teor do artigo 111 da Lei de execução penal assegure que "quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição", podendo fazer crer, num primeiro momento, que devam ser somadas todas as penas indistintamente, referida exegese é rechaçada pelo disposto nos artigos 69 e 76 do Código Penal, de um modo especial por não haver exclusão entre referidos dispositivos, mas ao invés, complementarem-se, inviabilizando, por qualquer ângulo que se possa observar a questão, a possibilidade de somar a pena de reclusão com a pena de detenção, mormente quando servir para fixar o regime de cumprimento da pena em fechado, tendo em vista a vedação legal de fixação deste regime ao início do resgate da pena de detenção, além de aumentar, indevidamente, a permanência do apenado naquele regime mais gravoso.'* [4] *'As penas não podem ser unificadas, uma vez que os regimes são diferentes, a pena de reclusão em regime fechado e a de detenção em regime semiaberto. Dessa forma, o reeducando deve cumprir primeiro a pena de reclusão e depois a de detenção.'* [5]

Na esteira de tais argumentos, imperioso o reconhecimento da ilegalidade da decisão que determinou a unificação das penas privativas de liberdade de reclusão e detenção, devendo ser elaborado novo cálculo de pena, a fim de que sejam respeitadas as disposições legais referidas". (TJMS .HC n 0026963-21.2012.8.12.0000. Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, j. 27.8.2012).

E, ainda:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. RÉU REINCIDENTE. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENAS REMANESCENTES DE NATUREZA DISTINTA (RECLUSÃO E DETENÇÃO). SOMA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PEDIDO SUCESSIVO DE PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. A determinação de regime mais gravoso em razão da reincidência do réu, além de não configurar bis in idem, implica importante mecanismo de individualização da pena, já que leva em conta a sua condição, no caso concreto, para diferenciá-lo daqueles que cometeram a primeira infração. 2. Por serem de natureza distinta (detenção e reclusão), não é possível proceder-se à soma das penas remanescentes quando de sua unificação. Ademais, a teor da parte final do caput do art. 69 do Código Penal, "no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela". 3. [...] (TJDF; Rec 2013.00.2.025254-7; Ac. 750.609; Terceira Turma Criminal; Rel. Des. João Batista; DJDFTE 22/01/2014; Pág. 223)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROCEDIMENTO DE UNIFICAÇÃO DE PENAS. REGIME PRISIONAL FIXADO ATRAVÉS DA SOMA DAS PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AOS ARTIGOS 33, 69 E 76 DO CÓDIGO PENAL. RETIFICAÇÃO DEVIDA. RECURSO PROVIDO. No procedimento de unificação de penas, o regime prisional será fixado pelo resultado da soma das penas (art. 111 da LEP).

2 *Idem*, *Ibidem*, p. 430.

3 TJDF, Rec 2010.04.1.006599-3, 3ª T. Crim., rel.ª Des.ª Nilsoni de Freitas Custódio, DJ 26/04/2012, p. 166.

4 TJSC, AgCr 2011.063745-4, 4ª Câm. Crim., rel. Des. José Everaldo Silva, j. 30/04/2012, DJ 09/05/2012, p. 346.

5 TJMS, AgCr 2011.026005-7, 1ª T. Crim., rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, DJ 06/12/2011, p. 84.

Todavia, para essa finalidade, não é possível a soma das penas de reclusão e detenção, sob pena de prejuízo ao agravante, tendo em vista que este passará mais tempo em regime fechado do que o realmente devido. Inteligência dos artigos 33, 69 e 76 do Código Penal. Recurso provido. (TJMG; AG-ExP 1.0702.12.006676-7/001; Rel. Des. Doorgal Andrada; Julg. 08/01/2014; DJEMG 14/01/2014)

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A DECISÃO QUE EFETUOU O SOMATÓRIO DE PENAS E INDEFERIU OS PEDIDOS DE PROGRESSÃO DE REGIME E SAÍDA TEMPORÁRIA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. INVIABILIDADE. APENADO QUE SE ENCONTRAVA PRESO POR OUTRO MOTIVO. PRAZO PRESCRICIONAL SUSPENSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. EQUÍVOCO NO SOMATÓRIO DE PENAS. SOMA DAS PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DISTINTA. CORREÇÃO. PEDIDO PELO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA EM RELAÇÃO A DOIS DELITOS. PLEITO NÃO SUBMETIDO À ANÁLISE DO MAGISTRADO A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO NESSE PONTO. PROGRESSÃO DE REGIME E SAÍDA TEMPORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO ACERTO OU DESACERTO DA DECISÃO IMPUGNADA. DOCUMENTOS QUE NÃO PERMITEM A CORRETA VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA. CONHECIMENTO OBSTADO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO. 1.[...] 2. '[...] inobstante o teor do artigo 111 da Lei de execução penal assegure que "quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição', podendo fazer crer, num primeiro momento, que devam ser somadas todas as penas indistintamente, referida exegese é rechaçada pelo disposto nos artigos 69 e 76 do Código Penal, de um modo especial por não haver exclusão entre referidos dispositivos, mas ao invés, complementarem-se, inviabilizando, por qualquer ângulo que se possa observar a questão, a possibilidade de somar a pena de reclusão com a pena de detenção, mormente quando servir para fixar o regime de cumprimento da pena em fechado, tendo em vista a vedação legal de fixação deste regime ao início do resgate da pena de detenção, além de aumentar, indevidamente, a permanência do apenado naquele regime mais gravoso. [...]". (recurso de agravo n. 2011.063745-4, de blumenau, Rel. Des. Substituto José Everaldo Silva, j. Em 26/04/2012). Assim, diante da natureza distinta das penas de reclusão e detenção e levando em conta a redação dos artigos 69 e 76 do Código Penal, mostra-se impossível somar a pena de reclusão com a pena de detenção. 3. "[...] considerando que a matéria objeto da insurgência não foi apreciada na decisão agravada, não cabe, nesse momento, o conhecimento e análise do pedido neste tribunal de justiça, sob pena de incidir em supressão de instância". (TJSC - Recurso de agravo n. 2012.030989-5, da capital, Rel. Des. Roberto lucas pacheco, j. Em 21/06/2012). 4. Estando o instrumento formado sem os documentos necessários à perfeita análise do acerto ou desacerto do decisum impugnado, inviável o conhecimento do reclamo. (TJSC; AG 2013.028281-5; São José; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato; Julg. 23/07/2013; DJSC 31/07/2013; Pág. 413)

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento aos embargos infringentes interpostos por Marcos Alves de Oliveira a fim de acompanhar o voto minoritário do vogal Des. Ruy Celso Barbosa Florence e negar provimento ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público estadual.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (REVISOR)

Após analisar os autos, acompanho o e. Relator Des. Manoel Mendes Carli, para dar provimento ao recurso, nos termos do voto que proferiu.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (1º Vogal)

Acompanho o relator.

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (2ª Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (3º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (4º Vogal)

Vou divergir do e. Relator para negar provimento ao recurso, nos termos do voto que proferi, quando do julgamento do recurso de agravo, do qual participei.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (5º Vogal)

Acompanho o relator e dou provimento aos Embargos Infringentes e de Nulidade interpostos por Marcos Alves de Oliveira para manter a separação das penas de reclusão e de detenção no cálculo de pena.

Adiada a conclusão do julgamento para a próxima sessão em face do pedido de vista do 6º vogal (Des. Dorival), após o relator, o revisor, o 1º, 2º, 3º e 5º vogais proverem os embargos, enquanto o 4º vogal o improvia.

VOTO DIA 22/04/2014

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (6º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor análise sobre a matéria.

Acompanho o i. Relator, para acolher os embargos infringentes interpostos por Marcos Alves de Oliveira a fim de prevalecer o voto vencido da lavra do Des. Rui Celso Barbosa Florence.

A divergência refere-se a unificação de penas de reclusão e detenção. Altero meu posicionamento para que as reprimendas de espécies distintas não sejam somadas.

Pois bem. O art. 111, parágrafo único, da LEP, dispõe que, *"Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição"*.

Em que pese referido diploma legal não fazer a distinção entre as penas de reclusão e detenção, a questão está prevista nos artigos 33, 69 e 76 do Código Penal. Vejamos.

> *"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."*

> *"Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela."*
>
> *"Art. 76 - No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave."*

A respeito, ensina Celso Delmanto[6]

> *"Se houver concurso material (CP, art. 69, caput) entre crime punido com pena de reclusão e crime punido com pena de detenção, executa-se primeiramente aquela; caso haja concurso entre crime e contravenção, a pena privativa de liberdade do crime (reclusão ou detenção) será executada primeiramente e a da contravenção (prisão simples) depois."*

Assim, na hipótese de unificação de penas em razão de superveniente condenação no decorrer de execução penal, não é possível somar as penas de reclusão e detenção, sob pena de prejuízo ao reeducando, uma vez que que este passará mais tempo em regime fechado do que o realmente devido, considerando que a pena de detenção deve ser cumprida no regime inicial aberto ou semiaberto, a teor do que dispõe o art. 33 do CP, sendo possível que no curso da execução seja determinado regime mais rigoroso apenas em razão de regressão prisional.

Desse modo, diante da natureza distinta das reprimendas, em caso de unificação não é possível somar a pena de reclusão com a de detenção, pois nos termos do art. 69 do Código Penal, primeiro executa-se aquela.

Oportuna a lição de Heráclito Antônio Mossin e Júlio César O.G Mossim:[7]

> *"no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e detenção, executa-se primeiro aquela" (Art. 69, caput, in fine). Logo, é executada a sanctio iuris mais grave e após aquela a de menor gravidade. Essa é a norma de regência, que não comporta exceção.*
>
> *Diante disso,* ***somente pode haver a soma em discussão em se cuidando de pena da mesma espécie (ex: reclusão), excluindo-se, por conseguinte de sua incidência, quando o acúmulo envolver sanções de espécies diferentes (ex: reclusão, detenção, prisão simples).***
>
> *(...)*
>
> ***Ad argumentandum, se pela soma das penas de reclusão e detenção fosse eleito o regime inicial fechado, estar-se-ia diante de plena ilegalidade ao que se encontra disposto no art. 33, caput, do Código Penal, que prevê que a pena detentiva somente pode ser cumprida em regime inicial aberto ou semiaberto."*** *- destaquei.*

Nesse sentido, os julgados:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. LESÕES CORPORAIS DE NATUREZA LEVE E GRAVE. PRIVILÉGIO LESÕES RECÍPROCAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. BIS IN IDEM. AFASTAMENTO. UNIFICAÇÃO. ART. 69 DO CP. Se o acervo probatório formado por prova oral e pericial demonstra que o réu iniciou as agressões e que as vítimas, em atitude lícita de legítima defesa, agrediram o*

6 Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar/Celso Delmanto. – 8. Ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

7 Mossin, Heráclito Antônio. Execução penal: aspectos processuais: atualizado conforme a Lei n. 12.258, de 15 de junho de 2010/Heráclito Antônio Mossin; Júlio César O. G. Mossin. P. 106 e 107.

ofensor, não está configurada a situação de lesões recíprocas, sendo, portanto, incabível a aplicação do privilégio (art. 129, § 5º, II, do CP).Quando o mesmo fundamento é utilizado para a análise desfavorável de duas circunstâncias judiciais - culpabilidade e circunstâncias do crime -, afasta-se a valoração negativa desta, a fim de se evitar o bis in idem. ***"No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela." - art. 69 do CP.*** *Apelação parcialmente provida." (TJDFT - Acórdão n.736309, 20111010067730APR, Relator: SOUZA E AVILA, Revisor: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 14/11/2013, Publicado no DJE: 22/11/2013. Pág.: 237)*

"RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A DECISÃO QUE EFETUOU O SOMATÓRIO DE PENAS E INDEFERIU OS PEDIDOS DE PROGRESSÃO DE REGIME E SAÍDA TEMPORÁRIA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. INVIABILIDADE. APENADO QUE SE ENCONTRAVA PRESO POR OUTRO MOTIVO. PRAZO PRESCRICIONAL SUSPENSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. EQUÍVOCO NO SOMATÓRIO DE PENAS. SOMA DAS PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DISTINTA. CORREÇÃO. PEDIDO PELO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA EM RELAÇÃO A DOIS DELITOS. PLEITO NÃO SUBMETIDO À ANÁLISE DO MAGISTRADO A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO NESSE PONTO. PROGRESSÃO DE REGIME E SAÍDA TEMPORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO ACERTO OU DESACERTO DA DECISÃO IMPUGNADA. DOCUMENTOS QUE NÃO PERMITEM A CORRETA VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA. CONHECIMENTO OBSTADO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 2. "(...) Inobstante o teor do artigo 111 da Lei de Execução Penal assegure que"Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição", podendo fazer crer, num primeiro momento, que devam ser somadas todas as penas indistintamente, referida exegese é rechaçada pelo disposto nos artigos 69 e 76 do Código Penal, de um modo especial por não haver exclusão entre referidos dispositivos, (...)" (TJ-SC - RECAGRAV 20130282815 - Relator: Paulo Roberto Sartorato - Data de Julgamento: 22/07/2013).

"APELAÇAO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A INTEGRIDADE FÍSICA EM CONCURSO COM CRIMES DO CÓDIGO DE TRÂNSITO. 1. PROVA DA EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA AO VOLANTE. PRESCINDIBILIDADE DE EXAME TÉCNICO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, CONFISSAO DO ACUSADO E DECLARAÇÕES TESTEMUNHAIS APTOS A COMPROVAR A PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 306 DO CTB. 2. DOLO EVENTUAL. PREVISIBILIDADE E ACEITAÇÃO DO RESULTADO. COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. 3. PENA-BASE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO RAZOÁVEL. 4. APLICAÇAO CUMULATIVA DAS PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. UNIFICAÇÃO DA SOMA EM RECLUSÃO. IMPROPRIEDADE. ART. 69 DO CP. RETIFICAÇÃO NECESSÁRIA. 5. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.1. O exame técnico, normalmente realizado por meio de etilômetros, embora seja recomendável para certificar o teor de álcool no sangue, não é imprescindível para comprovação do crime tipificado no art. 306 do CTB, já que o conjunto probatório dos autos e as peculiares circunstâncias do caso em concreto podem demonstrar cabalmente o estado de embriaguez de uma pessoa, sem deixar dúvidas quanto à situação de perigo tutelada pela norma. 2. Diante das circunstâncias do caso e tendo em vista a evidência da embriaguez alcoólica do apelante, conclui-se que a sentença recorrida acertadamente classificou as condutas nos tipos de lesão corporal e

tentativa de lesão corporal na forma dolosa. 3. A culpabilidade e as circunstâncias dos crimes justificam a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, já que foram várias as regras de trânsito desrespeitadas, sendo mister destacar que o réu atingiu as vítimas quando dirigia em horário noturno, com um dos faróis desligados e na contra-mão da via mais movimentada da cidade.4. Nos crimes do Código de Trânsito a previsão é de pena de detenção, de sorte que jamais poderia a Magistrada haver somado a pena de reclusão (relativa aos crimes previstos no CP) com a de detenção (prevista para os crimes do CTB) e depois transformar tudo em reclusão. Ora, estabelece o art. 69 do CP que, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e detenção, executa-se primeiro aquela.5. Recurso conhecido e parcialmente provido, apenas para redimensionar a pena relativa aos crimes de lesão corporal grave (art. 129, § 1§, I e II, do CP) e tentativa de lesão corporal (art. 129 c/c art. 14, II, do CP), sob a forma continuada (art. 71 do CP), para 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, ao passo que, pelos crimes de conduzir veículo sem habilitação (art. 309 do CTB) e dirigir veículo em estado de embriaguez (art. 306 do CTB), mediante concurso formal, retificar a pena para 7 (sete) meses de detenção, em desconformidade parcial com o parecer do Ministério Público Superior." (TJ-PI - ACR: 201100010071302 PI , Relator: Des. Erivan José da Silva Lopes, Data de Julgamento: 20/03/2012, 2a. Câmara Especializada Criminal)

Ante o exposto, acompanho o i. Relator, para acolher os embargos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram os embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencido o 4º vogal.

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, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 22 de abril de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001041-73.2011.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL RECURSO DEFENSIVO – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA – FALSO TESTEMUNHO COM O OBJETIVO DE OBTER PROVA DESTINADA A PRODUZIR EFEITO EM PROCESSO PENAL (ART. 342, § 1º, DO CÓDIGO PENAL) – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA SUBSTITUTIVA – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – VALOR INALTERADO – RECURSO IMPROVIDO.

Demonstrado nos autos que o agente prestou em processo penal depoimento em que faz afirmação falsa, como testemunha, com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, mantida a condenação pela prática do delito descrito no artigo 342, § 1º,do Código Penal.

Mantém-se o valor da pena de prestação pecuniária, posto que a mesma pode ser parcelada no juízo da execução penal, bem como, não há desproporcionalidade no caso concreto com a situação financeira do agente, além do que a mesma deve ser suficiente para a reprovação do delito, de modo que a mesma atinja a sua eficácia penalizante.

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, 16 de junho de 2014.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Apelação Criminal (f.204-205) interposta por João Antonio Timoteo Tamanini, condenado à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão de reclusão e ao pagamento de 10 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistente na prestação de serviço comunitário pelo tempo da condenação e pena de prestação pecuniária de R$2.000,00, pela prática do delito descrito no o artigo 342, §1º do Código Penal (f.181-186).

Para tanto, afirma que não há provas que amparem sua condenação, pois em nenhum momento proferiu falsas declarações perante autoridade judiciária, com a finalidade de obter sentença absolutória em favor de pessoa de seu afeto.Caso mantida a condenação, requer a revisão da pena aplicada, pois o valor da pena de prestação pecuniária é excessiva.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f.218-231) e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f.237-243) pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal (f.204-205) interposta por João Antonio Timoteo Tamanini.

João Antônio foi denunciado como incurso nas penas do artigo 342, §1º do Código Penal porque no dia 4/4/2011, por volta das 14 horas, na dependência do Fórum de Ivinhema-MS fez afirmação falsa nos autos da Ação Penal 012.10.000475-1, com intuito e produzir efeito absolutório de Ana Maria Cavalcante Albuquerque.

Consta na denúncia que Renata Cavalcante Albuquerque, Ana Maria Cavalcante Albuquerque e Júlio César de Souza foram denunciados como incursos nas penas dos artigo 33,*caput* e 35 , da Lei 11.343/2006., sendo que João Antônio foi arrolado como testemunha de defesa da denunciada Ana Maria e, em juízo, disse que a mesma era sua funcionária e morava em sua residência á época dos fatos, pretendendo fazer crer que o contato desta com Renata era esporádico e que havia sido presa no local pela prática de tráfico por acaso.

Ocorre que Ana Maria ao ser interrogada afirmou residir com Renata, bem como, a testemunha Cristiane Tamanini, irmã de João Antônio, contrariou seu depoimento.

A denúncia foi julgada procedente e João Antônio condenado à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão de reclusão e ao pagamento de 10 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistente na prestação de serviço comunitário pelo tempo da condenação e pena de prestação pecuniária de R$2.000,00, pela prática do delito descrito no artigo 342, §1º do Código Penal (f.181-186).

Prevê o artigo 342, do Código Penal[1], com a redação vigente à época dos fatos (4/4/2011) :

> *Art. 342 - Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Alterado pela L-010.268-2001)*
>
> *Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*
>
> *§ 1º- As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta:*
>
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.*
>
> *§ 2º - O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade. (Alterado pela L-010.268-2001)*

1 Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)
Pena - reclusão, de um a três anos, e multa. (Vide Lei nº 12.850, de 2.013) (Vigência)
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência)
§ 1º - Se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.
§ 2º - As penas aumentam-se de um terço, se o crime é praticado mediante suborno.
§ 3º - O fato deixa de ser punível, se, antes da sentença, o agente se retrata ou declara a verdade.
§ 1o As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.(Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)
§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade. (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

> *§ 3º - O fato deixa de ser punível, se, antes da sentença, o agente se retrata ou declara a verdade.*

Esclarece Luiz Regis Prado que "Afirmar o falso significa, portanto, dizer uma coisa positivamente distinta da verdade – dizer que é certo que não é. [...] . A essência da ilicitude no falso testemunho é a *transgressão da obrigação de dizer a verdade*, e tal obrigação tem a testemunha sobre pontos fundamentais" [2].

Examinando os autos, tenho que a condenação deve ser mantida.

A testemunha Cristiane Tamanini, irmã de João Antônio, disse em juízo, f.155-156 que:

> *"na época que Ana Maria Cavalcante foi presa. ela já auxiliava nos eventos.A depoente trabalha com a parte das flores. Pagava ela direitinho. Percebia que a moça trabalhava além da carga horária. Ela também ajudava o irmão da depoente.Percebia que as vezes chegava para trabalhar e Ana Maria já estava lá. Desconfiava que poderia ter alguma coisa entre ela e João. Que atualmente eles moram juntos na chácara. Depois tomou conhecimento que eles já tinham um relacionamento amoroso. Ana Maria ficava tanto na chácara quanto as vezes ficava na casa da irmã e outras ajudava a depoente como babá. [...] Ana Maria prestava serviço tanto para a depoente, quanto para o buffet.* ***Sabe que ela ficava as vezes na casa da irmã, e as vezes na casa do pai dela.*** *Também ficava na chácara. Ana ainda socorria a depoente como babá. Conhecia Renata. Não lembra de ter deixado Ana Maria lá. Recorda que pelo menos duas vezes pegou Ana na casa da Renata. [...] Às perguntas da defesa, respondeu:questiona se Ana ficava para dormir na chácara depois das festas. Disse que não sabe, porque normalmente ia embora mais cedo. Ouviu comentários de outras funcionárias que ela era a 'queridinha do patrão' " (f. 155-156).*

Do próprio depoimento de João Antônio, em juízo, f.157-158, extrai-se que o mesmo tentou favorecer Ana Maria, em seu depoimento no processo 012.10.000475-1, alterando a verdade dos fatos, pois foi enfático ao dizer que :"Ela pousava várias vezes na semana na casa do interrogando. Saia com o interrogando. Acredita que ela não contou isso para lhe proteger. Ela também trabalhava no buffet. Foi um choque o que aconteceu. Ela não precisava se envolver com isso".

Ora, daí se extrai que apesar de João Antônio e Ana Maria manterem um relacionamento amoroso, os mesmos não moravam juntos, esta apenas dormia algumas noites em sua chácara.

Tanto é que Ação Penal 012.10.000475-1 Ana Maria se qualificou como solteira e afirmou morar na Rua José Caccia, 315, Bairro Guiray- Ivinhema-MS (f.14), mesmo endereço de Renata (f.17).

Outrossim, transcrevo trecho do depoimento da testemunha José Agostinho Vieira, policial militar, nos autos da Ação Penal 012.10.000475-1: "Ana Maria morava na casa de Renata. Que Ana Maria era vista direto no local. Que já tinha participado de outras campanas na casa de Renata. Que já tinha visto Ana Maria no local"(f.30).

Por oportuno:

> *APELAÇÃO CRIMINAL FALSO TESTEMUNHO. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. Evidenciada a prática do crime do artigo 342, §1º, do CP, face ao seguro e harmônico conjunto probatório, no sentido de que o réu fez falsa afirmação como testemunha em processo judicial, com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ficando demonstrado o seu dolo, inviável a solução absolutória. Falsidade relativa a fato objetivo, que não comporta equívoco. Recurso não provido. (TJSP; APL 0003824-39.2007.8.26.0125; Ac. 7482049; Capivari;*

2 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, p.431/433, 2013, v.7.

Primeira Câmara Criminal Extraordinária; Rel. Des. Luis Augusto de Sampaio Arruda; Julg. 10/03/2014; DJESP 15/04/2014)

APELAÇÃO CRIMINAL. Crime de falso testemunho (artigo 342, §1º do Código Penal). Preliminar. Pedido de extinção do processo pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do estado, na forma retroativa. Lapso temporal não transcorrido. Inteligência dos artigos 109, V; 110, §2º (anterior à Lei n. 12.234/2010); e 117, todos do Código Penal. Preliminar afastada. Mérito. Pleito absolutório. Impossibilidade. Agente condenado pela prática do crime de falso. Depoimento prestado nos autos do processo n. 080.08.005357-2 que demonstra o real interesse do depoente em viciar a veracidade dos fatos e prejudicar a atuação da justiça plenamente demonstrado. Delito de natureza formal. Tipicidade demonstrada. Recurso conhecido e desprovido. (TJSC; ACR 2012.045321-5; Xanxerê; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Subst. José Everaldo Silva; Julg. 01/04/2013; DJSC 14/04/2014; Pág. 461)

Da Pena Substitutiva

Constou na sentença, à f.231, o seguinte:"Diante das circunstâncias judiciais favoráveis e por razões de política criminal, substituo a pena privativa de liberdade **por duas penas restritivas de direito, nos moldes do artigo 44, § 2º, do Código Penal, consistindo, cada uma, no pagamento de quatro salários mínimos, cuja destinação será dada pelo Juízo da Execução**".

Aduz a defesa técnica do apelante ADRIANO que o mesmo aufere mensalmente a quantia de R$1.200,00 (f.260), não tendo como arcar com o valor estipulado na sentença.

Prevê o artigo 45, do Código Penal o seguinte:

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

*§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, **de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos**. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.*

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em conseqüência da prática do crime.

§ 4º (VETADO) (Artigo com redação determinada na Lei nº 9.714, de 25.11.1998, DOU 26.11.1998)

Outrossim, o valor fixado para a pena de prestação pecuniária não merece redução.

É que *"O valor da prestação pecuniária, deve considerar certos fatores, dentre os parâmetros estabelecidos pelo artigo 45, §1º, do CP, de modo a não tornar a prestação em pecúnia tão diminuta a ponto de mostrar-se inócua, nem tão excessiva de maneira a inviabilizar seu cumprimento. Mantido o reduzido valor fixado na sentença em observância à (TRF 4ª R.; ACr 2004.70.00.030724-1; PR; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus; Julg. 13/07/2011; DEJF 25/07/2011; Pág. 355)"*.

Ora, em nenhum momento foi demonstrado que o apelante não tem capacidade de cumprir a reprimenda pecuniária sem prejudicar de seu próprio sustento, posto que além da prestação pecuniária não ser exorbitante, o apelante é proprietário de buffet, reside em um chácara, possui imóvel comercial (f.73) e é representado por advogado particular.

Outrossim, a reprimenda substitutiva pode ser parcelada no juízo da execução penal.

Insta salientar que não há desproporcionalidade no caso concreto, porque o fato da pena principal estar no mínimo legal não implica em fixação da pena de prestação pecuniária no mínimo legal, uma vez que seu montante deve ser fixado de forma livre pelo julgador, com observância ao caso concreto e à situação econômica do (a) agente, bem como tal pena deve ser suficiente para a reprovação do delito.

Pelo exposto, com o parecer, nego provimento ao apelo de João Antonio Timoteo Tamanini.

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, 16 de junho de 2014.

***

Seção Criminal
Representação Criminal n. 1602395-35.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA - QUEIXA-CRIME - AÇÃO ORIGINÁRIA - CRIMES CONTRA A HONRA - ARTIGOS 138 E 139 C/C 141, II E III, TODOS DO CÓDIGO PENAL - IRREGULARIDADES DA PROCURAÇÃO - AUSÊNCIA DE MENÇÃO DOS FATOS A SEREM IMPUTADOS E AOS DISPOSITIVOS LEGAIS SUPOSTAMENTE INFRINGIDOS - ARTIGO 44 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - IMPOSSIBILIDADE DE SANAR O VÍCIO ANTE A OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

Para a propositura de queixa-crime através de defensor constituído, indispensável que, no instrumento do mandato outorgada àquele, constem os poderes especiais concedidos, o nome do querelante e querelado e a menção do fato criminoso, exceto quando tais elementos sejam desconhecidos e sua elucidação dependa da realização de diligências, que devem ser previamente requeridas no juízo criminal, a teor do artigo 44 do Código de Processo Penal.

A ausência de menção ao fato criminoso e ao artigo da lei penal, no instrumento de mandato, constitui mácula, principalmente porque a inicial veio desacompanhada da assinatura do próprio querelante, conjuntamente com a de seu advogado e a nova procuração sanando o vício de representação, foi apresentada após o transcurso do prazo decadencial, de 06 (seis) meses, a teor do artigo 38 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não conhecer da representação. Ausentes, por férias, os Desembargadores Romero Osme Dias Lopes e Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 24 de junho de 2014.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de queixa-crime e representação ajuizada por Andre Luiz da Costa Pacheco em face de Carlos Henrique dos Santos Pereira, pela suposta prática, dos crimes de calúnia e difamação, capitulados nos artigos 138 e 139 c/c 141, II e III, do Código Penal.

Relata, às f. 2-11 em maio e junho de 2012, o querelado Carlos Henrique dos Santos Pereira, diretor presidente do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul (Detran/MS) teria emitido nota oficial do Detran/MS, na qual imputa ao querelante Andre Luiz da Costa Pacheco, Delegado de Polícia, a prática do crime de prevaricação ao afirmar que o mesmo não deu andamento ao procedimento que tinha por obrigação atuar, *in verbis:*

Resposta ao jornalista Éser Cáceres

O Inquérito Policial 109/2009 foi encaminhado para a Corregedoria do Detran-MS, pela Defurv, em maio de 2010. O corregedor na época, Dr. André Pacheco não deu andamento no procedimento.

No dia 10 de maio, a Corregedoria do Detran-MS abriu um processo administrativo com base no Inquérito Policial para regularização administrativa e a possível troca de placas. A Corregedoria já está ouvindo os envolvidos. (jornal virtual Midiamax, www. Midiamax.com.br, às f. 3)

As matérias caluniosas e difamatórias foram veiculadas na imprensa local, em várias mídias e em datas diversas, conforme relatado, na inicial, em 31/5/2012 ("Detran documenta carro com chassi trocado", "Não deu andamento"), 06/06/2012 ("Corregedor"), 14/06/2012 ("Ex-corregedor desmente versão do Detran-MS sobre carro emplacado com chassi errado").

Tal fato atingiu também a sua honra, uma vez que, afirmar que alguém não deu andamento a procedimento em que tinha por obrigação atuar, é o "mesmo que declarar ser este servidor desidioso e relaxado no exercício de suas funções".

Aduz que as matérias publicadas pelo site de notícias midiamax são "comprovações indubitáveis de que o querelante teve sua honra objetiva e subjetiva atingidas na medida em que o querelado, utilizando-se indevidamente da credibilidade do órgão Detran-MS, deu publicidade a fato que sabia (ou tinha obrigação de saber) era inverídico.

Como é possível constatar através das informações publicadas pelo jornalista Éser Cáceres, a representação do órgão chegou a pedir tempo para averiguar o inquérito policial, não podendo alegar futuramente engano ou que assim agiu às pressas ou de afogadilho.

Ademais, além da informação ter sido oficial, através de notada direção do órgão, em momento algum o querelado procurou a imprensa para desmentir a calúnia e difamação constante no bojo do documento de comunicação do Departamento Estadual de Trânsito o qual preside e responde. Muito menos se deu ao trabalho de procurar pessoalmente ou até telefonar para o querelante explicando o engano".

Requer o recebimento da queixa-crime e produção de novas provas, caso necessário. Não arrolou testemunhas. Anexou procuração, às f. 12 e os documentos acostados às f. 13-432.

Por este relator foi dada ciência à Procuradoria-Geral de Justiça do acórdão de f. 411-413, que reconheceu o foro privilegiado do querelado face à ocupação de cargo com *status* equiparado ao de Secretário de Estado.

Manifestação da Procuradoria de Justiça, às f. 436-437.

Notificado, o querelado apresentou resposta à queixa-crime, às f. 441-460, onde, em preliminar, aduz vício de representação em razão de procuração sem poderes específicos.

No mérito, afirma que não agiu com o propósito de ofender, uma vez que os documentos colacionados a fls. 18/25 não constavam dos Autos de Investigação nº 005/2012-CT, o que, a seu ver, demonstra ausência do elemento subjetivo do tipo (dolo específico) para caracterizar os delitos de calúnia e difamação.

Alega que as notas oficiais expedidas tinham apenas o propósito de relatar os fatos contidos na supracitada investigação, mas não a intenção de caluniar ou difamar o querelante.

Pugna pela absolvição sumária com base nos incisos I, II e III do artigo 397 do Código de Processo Penal. Não arrolou testemunhas.

Instado a manifestar-se acerca dos documentos acostados pelo querelado, às f. 461, o querelante Andre Luiz da Costa Pacheco, às f. 466-469 ratificou a inicial apresentada, e juntou procuração para regularizar a representação processual, às f. 470.

Parecer da Procuradoria de Justiça, às f. 472-483, pelo acolhimento da preliminar, rejeitando-se a queixa-crime, ante o vício insanável havido na procuração e a consequente ausência de um dos requisitos dispostos no artigo 44 do Código de Processo Penal. Caso esse não seja o entendimento desse Tribunal, quanto ao mérito, manifesta-se este órgão ministerial pelo recebimento da queixa-crime ofertada.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de queixa-crime e representação ajuizada por Andre Luiz da Costa Pacheco em face de Carlos Henrique dos Santos Pereira, pela suposta prática, dos crimes de calúnia e difamação, capitulados nos artigos 138 e 139 c/c 141, II e III, do Código Penal.

Relata, às f. 2-11 em maio e junho de 2012, o querelado Carlos Henrique dos Santos Pereira, diretor presidente do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul (Detran/MS) teria emitido nota oficial do Detran/MS, na qual imputa ao querelante Andre Luiz da Costa Pacheco, Delegado de Polícia, a prática do crime de prevaricação ao afirmar que o mesmo não deu andamento ao procedimento que tinha por obrigação atuar, *in verbis:*

> *Resposta ao jornalista Éser Cáceres*
>
> *O Inquérito Policial 109/2009 foi encaminhado para a Corregedoria do Detran-MS, pela Defurv, em maio de 2010. O corregedor na época, Dr. André Pacheco não deu andamento no procedimento.*
>
> *No dia 10 de maio, a Corregedoria do Detran-MS abriu um processo administrativo com base no Inquérito Policial para regularização administrativa e a possível troca de placas. A Corregedoria já está ouvindo os envolvidos. (jornal virtual Midiamax, www. Midiamax.com.br, às f. 3)*

As matérias caluniosas e difamatórias foram veiculadas na imprensa local, em várias mídias e em datas diversas, conforme relatado, na inicial, em 31/5/2012 (“Detran documenta carro com chassi trocado”, “Não deu andamento”), 06/06/2012 (“Corregedor”), 14/06/2012 (“Ex-corregedor desmente versão do Detran-MS sobre carro emplacado com chassi errado”).

Tal fato atingiu também a sua honra, uma vez que, afirmar que alguém não deu andamento a procedimento em que tinha por obrigação atuar, é o “mesmo que declarar ser este servidor desidioso e relaxado no exercício de suas funções”.

Aduz que as matérias publicadas pelo site de notícias midiamax são “comprovações indubitáveis de que o querelante teve sua honra objetiva e subjetiva atingidas na medida em que o querelado, utilizando-se indevidamente da credibilidade do órgão Detran-MS, deu publicidade a fato que sabia (ou tinha obrigação de saber) era inverídico.

Como é possível constatar através das informações publicadas pelo jornalista Éser Cáceres, a representação do órgão chegou a pedir tempo para averiguar o inquérito policial, não podendo alegar futuramente engano ou que assim agiu às pressas ou de afogadilho.

Ademais, além da informação ter sido oficial, através de notada direção do órgão, em momento algum o querelado procurou a imprensa para desmentir a calúnia e difamação constante no bojo do documento de comunicação do Departamento Estadual de Trânsito o qual preside e responde. Muito menos se deu ao trabalho de procurar pessoalmente ou até telefonar para o querelante explicando o engano".

Da Preliminar de Vício de Formalidade na Procuração

O querelado sustenta em sua resposta à queixa-crime a existência de vício de formalidade da procuração em razão da ausência da menção ao fato criminoso e ao artigo da lei penal.

No mesmo sentido o parecer da Procuradoria de Justiça, às f. 472-483, pelo acolhimento da preliminar, rejeitando-se a queixa-crime, ante o vício insanável havido na procuração e a consequente ausência de um dos requisitos dispostos no artigo 44 do Código de Processo Penal.

Para a propositura de queixa-crime, direito personalíssimo, através de defensor constituído, indispensável que, no instrumento do mandato outorgada àquele, constem os poderes especiais concedidos, o nome do querelante e querelado e a menção do fato criminoso, exceto quando tais elementos sejam desconhecidos e sua elucidação dependa da realização de diligências, que devem ser previamente requeridas no juízo criminal, a teor do artigo 44 do Código de Processo Penal, *in verbis:*

> *Art. 44. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal.*

Explica Guilherme de Souza Nucci:

> *(...) Poderes especiais: é a clara menção, na procuração, de que o mandatário está autorizado a ingressar com queixa contra determinada pessoa, com base em certos fatos devidamente citados. Os poderes especiais, no entanto, podem ser substituídos pela assinatura aposta pela vítima diretamente na queixa, junto com seu advogado (...) (In Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 149).*

No caso concreto, verifico que o instrumento de mandato não atende aos requisitos previstos no artigo 44 do Código de Processo Penal, ante a ausência de menção ao fato criminoso e ao artigo da lei penal, constituindo mácula, principalmente porque a inicial veio desacompanhada da assinatura do próprio querelante, conjuntamente com a de seu advogado.

Senão, vejamos o teor da procuração anexada, às f. 12:

> *"André Luiz da Costa Pacheco, brasileiro, divorciado, Delegado de Polícia, portador da Carteira de Identidade nº 001190000 SSP/MS e CPF 044.639.918-38, residente e domiciliado na R. Barão do Rio Branco, 2.199, pato. 503 Centro Campo Grande/MS, telefone (67) 8123-0917, outorga a Paulo Magalhães Araújo, advogado inscrito na OAB/MS sob o nº 10.761, poderes de representá-lo(a) perante qualquer juízo, Instância ou Tribunal, com poderes da cláusula ad-judicia, podendo para tanto requerer, assinar, juntar e retirar documentos, fazer acordos e composições, concordar, transigir, firmar compromisso, agravar, propor e variar ações e recursos, praticar todo e qualquer*

> *ato necessário ao bom, fiel e cabal desempenho do presente mandato e defesa de seus direitos, inclusive substabelecer, notadamente no ajuizamento de ações civis e criminais contra a pessoa de Carlos Henrique dos Santos Pereira e/ou o Departamento de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul."*

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça:

> *(...) Se a queixa vem subscrita pelas vítimas, além do respectivo advogado, fica suprida a necessidade de outorga de poderes específicos na procuração (Precedentes)(HC n. 85039/SP. Rel. Min. Felix Fischer, j. em 05/03/2009).*
>
> *(...) A QUEIXA, SE OFERECIDA POR ADVOGADO, DEVE SER ACOMPANHADA DE PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIAIS NÃO VALENDO AQUELA APENAS COM A CLAUSULA "AD JUDICIA". TODAVIA, SE A QUEIXA TAMBÉM É SUBSCRITA PELO QUERELANTE, TEM-SE COMO SUPRIDO O VICIO.(RHC n. 4808/MA, Rel. Min. Jesus Costa Lima, j. em 04/09/1995).*

Consigno que o substabelecimentos anexado, às f. 353-354 e a nova procuração, firmada em 24 de fevereiro de 2014, às f. 470, sanando o vício de representação, foi apresentada após o transcurso do prazo decadencial expirado em dezembro de 2012, porquanto os fatos ocorreram em maio e junho de 2012.

Muito embora o artigo 568 do Código de Processo Penal aponte a possibilidade de sanar o vício da procuração, numa interpretação sistemática desse dispositivo com o artigo 38 do CPP, verifica-se que o defeito somente pode ser corrigido dentro do prazo decadencial de 6 (seis) meses previsto na lei processual para a propositura da queixa-crime, como bem destacado pela Procuradoria de Justiça, às f. 479.

Portanto, a ausência de menção ao fato criminoso e ao artigo da lei penal, no instrumento de mandato, constitui mácula, principalmente porque a inicial veio desacompanhada da assinatura do próprio querelante, conjuntamente com a de seu advogado e a nova procuração sanando o vício de representação, foi apresentada após o transcurso do prazo decadencial de 06 (seis) meses, a teor do artigo 38 do CPP.

A propósito, Guilherme Nucci assevera que "n*o caso da queixa, eventuais deficiências que a comprometam devem ser sanadas antes dos seis meses que configuram o prazo decadencial. Do contrário, estar-se-ia criando um prazo bem maior do que o previsto em lei para que a ação privada se iniciasse validamente.*(Código de Processo Penal Comentado. SP: ed. RT 2012, p. 168)

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

> *(...)* ***Estabelece o art. 44 do Código de Processo Penal que a queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante (na realidade querelado) e menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal. Como já decidiu esta Suprema Corte, a ação penal privada, para ser validamente ajuizada, depende, dentre outros requisitos essenciais, da estrita observância, por parte do querelante, da formalidade imposta pelo art. 44 do CPP, que exige constem, da procuração, a indicação do nome do querelado e a menção expressa ao fato criminoso, bastando, quanto a este, que o instrumento de mandato judicial contenha, ao menos, referência individualizadora concernente ao evento delituoso (RT 729/463), mostrando-se dispensável, para tal efeito, a descrição minuciosa ou pormenorizada do fato (RT 605/384 - RT 631/384)****. Esse entendimento - que se reflete na jurisprudência dos Tribunais em geral (RT 432/285 - RT 443/442 - RT 492/353 - RT 514/334 RT 740/543) - encontra suporte em autorizado magistério doutrinário (DAMÁSIO E. DE JESUS,"Código de Processo Penal Anotado", p. 50, 14ª ed., 1998, Saraiva; FERNANDO DA COSTA TOURINHO*

FILHO, "Processo Penal", vol. 1/466, item n. 3, 11ª ed., 1989, Saraiva; HÉLIO TORNAGHI, "Comentários ao Código de Processo Penal", vol. I, tomo 2º, p. 89, 1956, Forense; ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, "Crimes contra a Honra", p. 143, item n. 4, 1995, Saraiva; E. MAGALHÃES NORONHA, "Curso de Direito Processual Penal", p. 35, item n. 13, 19ª ed., 1989, Saraiva; FERNANDO CAPEZ, "Curso de Processo Penal", p. 125, item n. 12.2, 2ª ed., 1998, Saraiva, v.g.), cabendo referir, no ponto,ante a sua inquestionável clareza, a lição exposta por JULIO FABBRINI MIRABETE ("Código de Processo Penal Interpretado", p. 198/199, item n. 44.1, 7ª ed., 1999, Atlas): Além de preencher os mesmos requisitos da denúncia (art. 41), a queixa deve ser apresentada pelo ofendido, ou seu representante legal, mediante procurador com 'poderes especiais', ou seja, com instrumento de mandato em que conste cláusula específica a respeito da propositura da ação privada por determinado fato criminoso. É compreensível a exigência de mandato com poderes especiais, uma vez que, entre as sérias consequências de uma ação penal, está, inclusive, a possibilidade de ser imputada, ao querelante, a prática do crime de denunciação caluniosa (art. 339 do CP). Não é idônea para a propositura a procuração com a simples cláusula ad judicia, ou a outorgada apenas para acompanhar o inquérito policial. (Inq. 2.139/RS, decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, DJ de 1º/7/05). (...) Pelo exposto, nego seguimento a esta queixa-crime (art. 38 da Lei nº. 8.038/90 e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), REJEITANDO-A LIMINARMENTE, por atipicidade e falta de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, a queixa-crime pelo crime de calúnia imputado ao ora querelado. Transitada em julgado, arquivem-se. (STF - Inq: 3690 DF, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julg.: 12/8/2013, DJe-161 16/8/2013 Public. 19/8/2013, g.n.)

"É que a presente queixa foi formalizada por meio de advogado, sem a aposição na petição inicial de quirógrafo do próprio punho da querelante, acompanhada de instrumento de mandato simples, outorgando aos patronos da querelante apenas poderes das cláusulas Ad Judicia et Extra(fl. 10). Estabelece o art. 44 do Código de Processo Penal que a queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante (na realidade querelado) e menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal(...). No caso dos autos, como se vê, deixou a querelante de: a) outorgar instrumento específico com poderes para ajuizamento de uma queixa-crime ; b) indicar a qualificação do querelado e c) fazer menção do fato criminoso, limitando-se, a tanto, a menção genérica aos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro, sem mínima referência individualizadora dos eventos delituosos atribuídos ao querelado. Como já decidiu esta Suprema Corte, a ação penal privada, para ser validamente ajuizada, depende, dentre outros requisitos essenciais, da estrita observância, por parte do querelante, da formalidade imposta pelo art. 44 do CPP, que exige constem, da procuração, a indicação do nome do querelado e a menção expressa ao fato criminoso, bastando, quanto a este, que o instrumento de mandato judicial contenha, ao menos, referência individualizadora concernente ao evento delituoso (RT 729/463), mostrando-se dispensável, para tal efeito, a descrição minuciosa ou pormenorizada do fato (RT 605/384 - RT 631/384). (...) Além de preencher os mesmos requisitos da denúncia (art. 41), ***a queixa deve ser apresentada pelo ofendido, ou seu representante legal, mediante procurador com 'poderes especiais', ou seja, com instrumento de mandato em que conste cláusula específica a respeito da propositura da ação privada por determinado fato criminoso. (...) Inviável, nesta altura, qualquer providência tendente à regularização do mandato,***

na esteira do que prevê o art. 568 do CPP, devido ao transcurso inexorável do prazo estabelecido no art. 38 do mesmo codex*. (...) (STF - Inq: 3770 AM , Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julg. 3/2/2014, Data de Public. DJe-027 7/2/2014, public. 10/2/2014, g.n.)*

Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento que, na ***procuração pela qual o ofendido outorga poderes especiais para o oferecimento da queixa-crime, a indicação do dispositivo penal no qual o querelado é dado como incurso satisfaz o requisito previsto no artigo 44 do Código de Processo Penal.*** *Precedentes. (...). (Habeas Corpus nº 119.827-SC, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 15.12.2009, public. DJ em 19.4.2010)*

No mesmo sentido a Seção Criminal deste Tribunal e os Tribunais pátrios:

QUEIXA - CRIME - AÇÃO ORIGINÁRIA. CRIMES CONTRA A HONRA - PROCURAÇÃO - IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE MENÇÃO DOS FATOS A SEREM IMPUTADOS. IMPOSSIBILIDADE DE SANAR VÍCIO. OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. A falta de menção do fato criminoso no instrumento de mandato, quando não assinada a inicial pelo querelante juntamente com o advogado, constituiu óbice ao desenvolvimento da ação penal privada. Irregularidade passível de ser sanada, desde que dentro do prazo decadencial de seis meses. Fato considerado criminoso ocorreu em 6 de maio de 2011, a queixa foi ajuizada em setembro. Nova procuração apresentada somente em 13 de abril de 2012. In casu, prazo de seis meses já transcorrido. (TJ/MS; QCr 2011.030819-9/0000-00; Tribunal de Justiça; Seção Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJEMS 08/08/2012; Pág. 35)

APELAÇÃO CRIMINAL. QUEIXA - CRIME. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. PROCURAÇÃO SEM OS PODERES ESPECÍFICOS. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SANEAMENTO DO VÍCIO. REJEIÇÃO DA QUEIXA - CRIME. Rejeita-se a queixa-crime por ausência de condição de procedibilidade quando a procuração outorgada ao advogado não possui poderes específicos e não há mais tempo hábil para o saneamento. (TJ/MS QCr 2009.024521-6/0000-00; Campo Grande; Seção Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJEMS 14/04/2010; Pág. 36)

HABEAS CORPUS. CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. PROCURAÇÃO QUE NÃO ATENDE AO DISPOSTO NO ART. 44 DO CPP. RETIFICAÇÃO FEITA APÓS DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. Cediço que a procuração para o ajuizamento de queixa-crime deve conceder ao mandatário poderes especiais para tanto, devendo constar, além do nome do querelante, menção ao fato criminoso. Verificado o vício na procuração colacionada, é possível seu saneamento, desde que não tenha se esgotado o prazo decadencial previsto pelo art. 38 do CPP, quando se verificará a extinção da punibilidade do querelado, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal http://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=FifLink&t=document-frame.htm&l=jump&iid=c%3A%5CViews44%5CMagister%5CMgstrnet%5CMagNet_Legis.nfo&d=CP,%20art.%20107&sid=3df1f950.5a18faf4.0.0. *(TJMG; HC 1.0000.13.061687-3/000; Relª Desª Beatriz Pinheiro Caires; Julg. 19/09/2013; DJEMG 30/09/2013)*

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA-CRIME. PREFEITO MUNICIPAL. CRIMES CONTRA A HONRA. DIFAMAÇÃO. ART. 139 DO CPB . FRASE OFENSIVA NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO CONTRA EX-PREFEITO. AÇÃO PENAL PRIVADA INAPTA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. HIPÓTESES DE REJEIÇÃO DESCRITAS NO ARTIGO 395 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. OCORRÊNCIA. IRREGULARIDADE. PROCURAÇÃO QUE NÃO OUTORGA PODERES ESPECÍFICOS. INSTRUMENTO DE MANDATO SEM MENÇÃO AO FATO CRIMINOSO. VIOLAÇÃO AO ART. 44 DO CPPhttp://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=FifLink&t=document-frame.htm&l=jump&iid=c%3A%5CViews44%5CMagister%5CMgstrnet%5CMagNet_Legis.nfo&d=CPP,%20art.%2044&sid=4f5c5a53.60ccb939.0.0 VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA NÃO SANADA NO PRAZO DECADENCIAL DE 06 (SEIS) MESES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA OPERADA. QUEIXA-CRIME REJEITADA. 1. Verifica-se que o instrumento de mandato juntado nos autos no momento do oferecimento da queixa-crime, não contém a descrição da conduta delituosa, nem a tipificação do crime, em desconformidade ao art. 44 do CPP. 2. Na hipótese dos autos, ficou evidenciado que o defeito de representação não foi sanado antes do dies ad quem do prazo decadencial de seis meses estabelecido pelo art. 38 do CPP. Assim, o querelante perdeu o direito de agir pelo decurso de determinado lapso temporal, provocando a extinção da punibilidade do agente. 3. Queixa-crime rejeitada. (TJPA; QCr 20133025990-9; Ac. 133337; Belém; Câmaras Criminais Reunidas; Relª Desª Vera Araujo de Souza; Julg. 12/05/2014; DJPA 15/05/2014; Pág. 145

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. QUEIXA CRIME. NECESSIDADE DE PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIAIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 44 DO CPP. NÃO SANEAMENTO DENTRO DO PRAZO DE DECADÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO PORÉM NÃO PROVIDO. Para o ajuizamento de queixa-crime, perante a justiça especializada ou comum, é necessária a apresentação de procuração com os poderes específicos para o advogado, com a narrativa do delito que se reclama, nos moldes delineados no artigo 44 do CPP. É perfeitamente possível sanar a omissão, desde que atendido o prazo de decadência dos 06 (seis) meses, de acordo com o artigo 38 do CPP e demais entendimentos jurisprudenciais acerca do tema, o que não se observou no presente feito. Recurso conhecido e improvido. (TJMT; Rec 1217/2013; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Marcelo Sebastião Prado de Moraes; Julg. 15/04/2014; DJMT 08/05/2014; Pág. 127)

No que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de ter sido amplamente debatida.

Portanto, descabido o recebimento da presente queixa-crime, em decorrência da falta de condições de procedibilidade e impossibilidade de saneamento do vício constatado.

Do exposto, com o parecer, acolho a preliminar de vício na representação e deixo de receber a queixa- crime oferecida por Andre Luiz da Costa Pacheco em face de Carlos Henrique dos Santos Pereira, pela suposta prática, dos crimes de calúnia e difamação, capitulados nos artigos 138 e 139 c/c 141, II e III, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram da representação . Ausentes, por férias, os desembargadores Romero Osme Dias Lopes e Maria Isabel de Matos Rocha.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 24 de junho de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001043-29.2010.8.12.0028 - Bonito
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – CRIME AMBIENTAL – PESCA E TRANSPORTE DE ESPÉCIMES COM MEDIDAS INFERIORES À PERMITIDA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO – DESNECESSIDADE – LAUDO DE CONSTATAÇÃO CONFECCIONADO POR AGENTE PÚBLICO E CONFIRMADO PELO APELANTE – PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – DANO AO MEIO AMBIENTE JÁ PREVISTO NA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL – RECORRENTE QUE JÁ ESTÁ SENDO PROCESSADO POR OUTRO CRIME AMBIENTAL DA MESMA NATUREZA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em necessidade de laudo técnico se a materialidade do delito ambiental ficou comprovada por laudo de constatação confeccionado por policial militar que atua na área ambiental é que goza de fé pública.

Não se aplica o princípio da insignificância a crimes ambientais por se tratar de bem juridicamente tutelado cujo prejuízo sofrido é elementar da própria proibição legal.

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 da Relatora.

Campo Grande, 1 de abril de 2014.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Sebastião Batista da Silva, foi condenado a 01 ano de detenção no regime aberto, pela prática do crime de pescar e transportar espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos, previstos no art. 34, parágrafo único, incisos I e III, da Lei nº 9.605/98.

A pena corpórea foi substituída por uma restritiva de direitos.

Pugna por sua absolvição alegando que não há laudo pericial que ateste o tamanho dos peixes apreendidos; alternativamente reque a aplicação do princípio da insignificância.

O Parquet contra-arrazoa Às f. 150-159 pela mantença da decisão lançada.

O Parecer Ministerial opina às f. 163-168 pelo improvimento recursal.

VOTO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

O apelante foi denunciado e condenado porque foi flagrado com 163 quilos de pescado no qual havia 06 unidades do peixe Piraputanga fora de medida.

O art. 34 da Lei 9.605/98 assim prescreve:

> *"(...) Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:*
>
> *Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.*
>
> *Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:*
>
> *I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;*
>
> *(...)*
>
> *III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas..."*.

Sobre a alegação de ausência de laudo que constatasse o tamanho dos peixes apreendidos, apesar de se tratar de crime que deixa vestígios tenho que a materialidade do crime admite prova por outra forma.

No caso, o laudo de constatação às f.22 dos autos, assinado pelo 3º Sargento da PM Maciel, agente do Estado que goza de fé pública, confirma que havia 06 peixes da espécie "Piraputanga" fora de medida, nesses termos:

> *"(...)* ***06 (seis) unidades da espécie Piraputanga fora de medida. Foi utilizado como instrumento de medição uma trena registrando os seguintes tamanhos de Piraputanga fora das medidas: 27 (vinte e sete)cm , 28 (vinte e oito) cm, 29 (vinte e nove) cm; 28 (vinte e oito) cm; 29 (vinte e nove) cm; 27 (vinte e sete) cm(...)*** *"*.

O Policial Militar Geraldo de Oliveira, em juízo às f.77-78 confirma que o apelante era pescador profissional e sabia das medidas, veja-se:

> *"... (...) DEPOENTE: Fizemos a fiscalização do pescado né, a qual foi encontrado na cabine da caminhonete pescado fora da medida.*
>
> *JUIZA: O senhor se recorda quais eram os exemplares?*
>
> *DEPOENTE: Eu acho que era Piraputanga.*
>
> *(...) MP: Ele é pescador profissional?*
>
> *DEPOENTE: Pescador.*
>
> *MP: Sabe das medidas?*
>
> *DEPOENTE: Sabe (...)"*.

Sobre o tema o STJ no HC 252.027/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 16/10/2012 já pontuou que os laudos em crimes ambientais constatados pela Polícia Militar é hábil em demonstrar a materialidade do crime, veja-se:

> *"... (...) 3. CRIME AMBIENTAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 114, I, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. NATUREZA JURÍDICA DISTINTA. APLICAÇÃO DO ART. 109, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. 4. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. APRESENTAÇÃO DE CONTRAPROPOSTA. MANIFESTAÇÃO DO PARQUET PELO REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 5. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA PRECLUSA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ QUASE 4 ANOS.* 6. MATERIALIDADE. IRREGULARIDADE NA PRODUÇÃO DOS LAUDOS. NÃO OCORRÊNCIA. *7. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. LIMINAR REVOGADA.*
>
> *(...)**6. A materialidade do delito ambiental ficou assentada por meio de amplo material probatório, incluindo laudo produzido por policiais ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, que gozam de fé pública, não existindo, portanto, qualquer irregularidade.**(...) ...'.*

Portanto, considerando que o laudo de constatação foi elaborado por policial militar que atua na área ambiental e detém fé pública, não há dúvida acerca do tamanho dos peixes apreendidos e consequentemente da materialidade do delito.

Quanto ao pedido de aplicação do princípio da insignificância cumpre salientar que o bem jurídico tutelado é o meio ambiente, cujo interesse é de toda a sociedade, de forma que a conduta prevista gera consequências drásticas para todo o equilíbrio ambiental.

Registro ainda que apesar do impacto causado ao meio ambiente não poder ser mensurado no caso em tela, o fato é que a espécie em tela é protegida por lei e a previsão legal foi elaborada a partir de análises técnicas que apontam que a pesca de espécimes fora de medida compromete o meio ambiente, causando-lhe dano.

Cabe assinalar que o Direito Penal Ambiental é prospectivo, suas normas visam antecipar a lesão e o dano, como por exemplo nos crimes contra a fauna ou flora. Ele se antecipa à ocorrência do dano, fugindo aos padrões do Direito Penal clássico, com ênfase na repressão.

Por isso ele abrange condutas tipificadas como crimes de perigo, bastando a potencialidade de ocorrência do dano para ser crime. Este Direito Penal trabalha com o conceito de crimes formais (sem exigir resultado) e de consumação antecipada e as vítimas não são individualizadas, pois não se atinge só uma pessoa, mas a coletividade, o bem protegido com as normas é difuso (cf. art 225 CF).

A partir disso, fica evidente que não cabe aqui ponderar a dimensão maior ou menos dos prejuízos causados, pois em suas linhas mestras as suas normas e sanções se aplicam sem exigência de resultados danosos.

Não se pode também acolher sem ressalvas e sem maiores ponderações a tese de que a conduta do recorrente é ínfima a ensejar a aplicação do princípio da insignificância, tanto mais que, apesar de não haver condenação definitiva, consta a f. 59 que o apelante está sendo processado por outro crime ambiental, o que indica que esta não é a primeira vez que está sendo processado por tal tipo de crime.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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, 01 de abril de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0004310-72.2010.8.12.0007 - Cassilândia
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA O CONSUMIDOR – MANTER EM DEPÓSITO OU EXPOR À VENDA PRODUTO IMPRÓPRIO OU NOCIVO AO SER HUMANO – OCORRÊNCIA – TESE DEFENSIVA DE AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL ATESTANDO A IMPROPRIEDADE DOS PRODUTOS COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDOS – CRITÉRIO OBJETIVO PARA PROVA DA IMPROPRIEDADE DO PRODUTO – ART. 18, § 6º, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL ATESTANDO A IMPROPRIEDADE DO PRODUTO – RECURSO PROVIDO.

Não há falar em atipicidade da conduta se os autos de infração e a confissão do recorrido confirmam que estavam expostos à venda produtos com prazo de validade vencida.

A exposição à venda de produtos com prazo de validade vencido configura o crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n.º 8.137/90.

Desnecessária é a perícia atestando impropriedade dos produtos com prazo de validade vencido, porque o critério integrador da norma no caso é objetivo e está expresso no artigo 18, § 6º, I do CDC, dispensando, para prova da materialidade da conduta, a realização de exame pericial dos produtos.

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, dar provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, 1 de abril de 2014.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

O Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

O Ministério Público Estadual inconformado com a absolvição de Jonatas Lopes de Lira do crime de venda ou exposição de produtos impróprios para o consumo humano previsto no art. 7º, inciso IX da Lei 8.137/90 interpõe a presente apelação criminal.

Relata que o magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido por entender que as mercadorias com prazo de validade vencidas na prateleira do mercado do recorrido não é juridicamente relevante vez que os produtos vencidos não estavam expostos à venda.

O recorrente alega que o crime em tela é de perigo abstrato e que a conduta perpetrado por Jonatas é típica e antijurídica.

Jonatas contra-arrazoa às f. 333-349 alegando que não há laudo que constate a impropriedade da mercadoria apreendida.

O Parecer Ministerial opina às f. 308-314 pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relator)

O referido artigo assim prescreve:

> *"(...) Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:*
>
> *(...) IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;*
>
> *Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa(...)".*

Como se verifica o dispositivo acima é multinuclear cuja tipicidade ocorre na venda, exposição ou mesmo depósito de produto impróprio para o consumo.

No caso em tela, apesar do magistrado sentenciante entender que a conduta é atípica em virtude dos produtos com validade vencida não estarem à venda, os documentos elaborados pelos técnicos da vigilância sanitária às f. 17, 19 e 32 são claros em confirmar que os produtos aprendidos estavam expostos em balcões de venda ao público, portanto, disponíveis à venda.

E mais, a própria sentença às f.263-267 cita o interrogatório do apelante Jonatas às f. 206-209 e nesse momento ele confessa que havia produtos vencidos expostos para a venda, mesmo tentando se esquivar da responsabilidade alegando falta de prática de seu funcionário, vejamos:

> *"(...)* ***realmente tinha alguns produtos vencidos por erro de reposição,*** *porque a gente repõe o produto na prateleira e os funcionários sem experiência, eu também nunca tinha montado mercado, sempre fui comerciante e me formei veterinário, mas sempre mexi com comércio, e eu vim para cá para Cassilândia e resolvi montar esse mercado, e também eu não tinha experiência no ramo. E daí eu fui aprendendo junto com os meus funcionários, e ele na época era novo funcionário lá. Então os produtos vão vendendo, aí sempre aqueles que sobram, das peças ou três peças, a gente tem que por na frente e colocar os novos que chegam atrás, aí as vezes de erro de reposição acaba ficando, [...]* ***Alguns produtos desses foram pegos realmente na prateleira, na área de venda,*** *mas a gente estava se adequando, porque a* ***uns dias antes a vigilância esteve lá e eles já viram, me mostraram, falaram assim 'Oh, nesse produto aqui está vencido, esse aqui de trás está vencido' aí eu fui olhar e vi que tinha uma série de erros na reposição****. [...] aí a gente já tinha tirado já uma grande parte para o depósito, tinha tirado já bastante produto [...] aí tinha uma grande parte que já estava tirada já na frente da geladeira, para a gente levar para o depósito, aí tinha bastante... [...]* ***Mas realmente tinha alguns que estavam na área de exposição quando eles foram, mas foi por falta de experiência da gente não saber trabalhar no ramo, entendeu?*** *Mas não que eu quisesse vender esses produtos que estavam estragados, ate que* ***tudo o que vence tem troca, a gente não perde nada, comerciante não perde, a gente só separa, mostra para a firma ou a gente faz um relatório [...] eles repõem para a gente.*** *[...]* ***Era só a data de validade vencida.*** *[...] Por incrível que pareça, o que estava*

mais com a data mais avançada era os refrigerantes, mas era coisa de 60 dias, porque a minha geladeira lá estava bastante profunda e sempre... Igual eu falo, vai ficando lá para o fundo, o cliente vai pegando os da frente e na hora de os meninos repor ele tem que puxar, [...] ***Todos esses produtos que foram apreendidos lá é produtos de giro alto,*** *é Sazón, refrigerante, biscoito, era a única coisa que eu estava comprando, porque eu sabia que aquilo ali vendia. [...] Fui eu que entreguei esse steak,* ***esse steak realmente ele estava vencido, já tinha sido trocado, eu já tinha recebido outro, já tinha vendido, e ele estava lá no freezer já por não saber o destino correto que dava a ele (****...)".*

Em que pese o recorrente alegar que era inexperiente na tentativa de se esquivar de sua culpa, inclusive afirmando que não sabia qual o destino a ser dado ao Steak de Frango vencido, se contradiz demonstrando exatamente o contrário, pois da leitura de seu depoimento acima ele explica que os produtos do fundo da prateleira/refrigerador devem ser colocados na frente quando da reposição e que os produtos vencidos são substituídos com a fábrica. E ainda foi claro em afirmar que o produto vencido estava lá no fundo, ele o conservava lá " por não saber o destino correto que dava a ele".

Também relatou que a uns dias antes a vigilância esteve lá e eles já lhe tinham visto e mostrado, falaram assim 'Oh, nesse produto aqui está vencido, esse aqui de trás está vencido'.

Então, como confessado pelo próprio apelante, ele já havia sido avisado anteriormente de que seu estabelecimento estava com produtos com prazo de validade vencidos expostos à venda, demonstrando o dolo em sua conduta

E mais, quanto à ponderação do Juiz sentenciante de que o risco pelos parcos produtos expostos à venda com prazo de validade vencido é juridicamente irrelevante, não comungo desse entendimento, pois é o contrário, pois se trata de crime de consumo que atenta contra a saúde pública, ou seja, a conduta do recorrente possui capacidade de atingir diversas pessoas..

Quanto à tese de ausência de laudo que constatasse a impropriedade do produto comercializado pelo recorrente da leitura do dispositivo supra citado vê-se que se trata de a norma incriminadora é uma norma penal em branco que não especifica o que vem a ser "condições impróprias ao consumo".

Em se tratando de crime contra as relações de consumo, essa norma deve ser integralizada pelo Código de Defesa do Consumidor através do art. 18, que caracteriza o que seriam produtos "impróprios ao uso e consumo".

Citando o dispositivo, ele assim prescreve:

"(...) Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 5° No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

§ 6° São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam(...)".

O dispositivo contém, assim, várias hipóteses e em algumas delas haverá de se provar por variadas provas (pericial inclusive) a inadequação , deterioração, adulteração, avaria, nocividade, etc., do produto.

Contudo, em se tratando de produto com data de validade vencida, a própria legislação estabelece um critério integrativo objetivo, considerando que tal fato por si só configura a impropriedade ao uso e ao consumo.

Da leitura do dispositivo acima vê-se que se trata de a norma incriminadora é uma norma penal em branco que não especifica o que vem a ser "condições impróprias ao consumo". Caberá ao juiz buscar tal definição e concretização na legislação.

Em se tratando de crime contra as relações de consumo, essa norma deve ser integralizada pelo Código de Defesa do Consumidor através do art. 18, acima citado que caracteriza o que seriam produtos "impróprios ao uso e consumo".

Não se trata de o aplicador do direito supor que o produto vencido seja impróprio, por mera presunção, mas trata-se de seguir o critério objetivo que neste caso especial a própria lei de regência impõe e que, no caso do item I do artigo 18, § 6º do CDC, é um critério objetivo que vincula o julgador, sem necessidade de perícia.

Assim sendo, em se tratando de critério de natureza objetiva, e de crime formal, a realização de exame pericial é absolutamente dispensável, conforme decisão do STJ:

"PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – DENÚNCIA RECEBIDA PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 7º, INC. IX, C/C O ART. 12, INC. III, DA LEI Nº 8.137/90 (EXPOSIÇÃO OU DEPÓSITO PARA A VENDA DE PRODUTOS EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO) – PRAZO DE VALIDADE VENCIDO – DELITO FORMAL – DESNECESSIDADE DE PERÍCIA PARA ATESTAR A IMPROPRIEDADE DO PRODUTO PARA CONSUMO – PERIGO ABSTRATO – ORDEM DENEGADA.

1. A exposição ou depósito de produtos destinados à venda com prazo de validade vencido é fato que se encontra tipificado na legislação penal (Lei nº 8.137/80, art. 7º, inc. IX - condições impróprias ao consumo) como crime formal, que dispensa a realização de perícia para atestar sua efetiva impropriedade, *tendo em vista que* ***a mera transgressão da norma legal caracteriza o delito, que é de perigo presumido.***

2. Ordem denegada."

(STJ, HC 38200/PE, 5ª T., rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 23/11/2004, DJ 01/02/2005.

O STF, por sua vez:

EMENTA: RECURSO DE HABEAS CORPUS INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRETENSÃO AO TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL POR INFRAÇÃO AOS ARTS. 7º, IX, DA LEI Nº 8.137/90 C/C O ART. 16, § 6º, DA LEI Nº 8.078/90. EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO.

> ***A tipificação da figura penal definida no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, por ser norma penal em branco, foi adequadamente preenchida pelo art. 18, § 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, que define como impróprio ao uso e consumo produto cujo prazo de validade esteja vencido. A exposição à venda de produto em condições impróprias ao consumo já configura o delito, que é formal e de mera conduta, consumando-se com a simples ação do agente, sendo dispensável a comprovação da impropriedade material.*** *Recurso de Habeas Corpus improvido.*
>
> (RHC 80090, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 09/05/2000).

O mesmo encontramos nas decisões deste TJMS na apelação criminal 2010.033712-8/0001/-00 e apelação criminal 2010.027633-2/0000-00, ambos julgados em 2011.

Outra decisão a respeito nos mesmos termos é mais recente, consta de recurso mais recentemente julgado, no qual fui a Relatora, nos seguintes termos:

> *EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA O CONSUMIDOR – MANTER EM DEPÓSITO PRODUTO IMPRÓPRIO OU NOCIVO AO SER HUMANO – CRITÉRIO OBJETIVO PARA PROVA DA IMPROPRIEDADE DO PRODUTO – ART. 18, § 6º, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL ATESTANDO A IMPROPRIEDADE DO PRODUTO – EMBARGOS IMPROVIDOS.*
>
> *A exposição à venda de produtos com prazo de validade vencido configura o crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n.º 8.137/90.*
>
> *O critério integrador da norma no caso é objetivo e está expresso no artigo 18, § 6º, I do CDC, por isso a comprovação da materialidade da conduta dispensa a realização de exame pericial para análise dos produtos.* (Decisão do TJMS publicada em 22 de outubro de 2013, acórdão da Seção Criminal nos Embargos Infringentes - Nº 0001177-35.2009.8.12.0014/50001 - Sete Quedas, Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Embargante : Junior Jorge Palma, Embargado : Ministério Público Estadual).

Ante o exposto, com o Parecer Ministerial, dou provimento ao recurso ministerial para condenar Jonatas Lopes de Lira pelo crime previsto no inciso XI do art. 7º da Lei 8.137/90.

Passo a dosar-lhe a pena:

Na 1ª fase – Não consta sentença condenatória definitiva contra o recorrido na folha de antecedentes criminais encartada às f.237-243, bem como não há nenhuma circunstância do art. 59 que destoe do crime em tela, razão pela qual a pena-base fica estabelecida no mínimo legal de 02 anos de detenção.

Na 2ª fase – Não há atenuantes ou agravantes, ficando a pena intermediária estabelecida em 02 anos de detenção.

Na 3ª fase – Não há causas de aumento ou diminuição, restando a pena definitiva fixada em 02 anos de detenção.

Fica estabelecido o regime aberto para cumprimento de pena nos termos da alínea "A" do §2º do art. 33 do CP.

Substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito consistentes no pagamento de pena pecuniária e prestação de serviços à comunidade a serem fixadas pelo Juiz da execução.

Cumpre registrar que não houve a prescrição do presente feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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 e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 01 de abril de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000109-69.2012.8.12.0006 - Camapuã
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPTAÇÃO – RECURSO VISANDO A ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE – IMPOSSIBILIDADE – COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DE QUE O APELANTE SABIA QUE O VEÍCULO QUE TRAZIA DE OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO ERA PRODUTO DE CRIME – ELEVADO VALOR A SER PAGO PELO SERVIÇO QUE DEMONSTRA QUE ERA SABEDOR DE QUE SE TRATAVA DE PRODUTO DE CRIME – IMPROVIDO.

Não há falar em ausência de provas do dolo da conduta do apelante se restou demonstrado nos autos que o apelante sabia que o carro transportado era produto de crime, pois aceitou o encargo por valor muito superior ao comumente pago e não tomou as cautelas necessárias para evitar o crime.

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA – AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA – RECURSO PROVIDO.

Mesmo que comprovada a falsidade ideológica, não há de se condenar o recorrente quando não restar demonstrado que foi ele mesmo quem realizou tal prática delitiva.

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO – AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA – RECURSO PROVIDO.

Mesmo que evidente e comprovada a adulteração de sinal identificador de veículo, não há de se condenar o condutor, quando não restar demonstrado que foi ele mesmo quem realizou tal prática delitiva.

APELAÇÃO CRIMINAL – DELITO DE DIRIGIR SEM HABILITAÇÃO GERANDO RISCO DE DANO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONFISSÃO DO APELANTE DE QUE NÃO POSSUI CNH – DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS RELATANDO QUE O RECORRENTE EMPREENDEU FUGA EM ALTA VELOCIDADE SENDO NECESSÁRIA UMA "PERSEGUIÇÃO" (ACOMPANHAMENTO TÁTICO PARA PODEREM ABORDAR O RECORRENTE –RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em falta de provas do crime de dirigir sem habilitação se o próprio apelante confessa que não possui CNH, fato comprovado pelos policiais.

Quanto ao risco de dano da conduta, os Policiais Rodoviários Federais provaram a respeito quando afirmaram que após a ordem de parada o recorrente reduziu a velocidade e colocou o veículo no acostamento da via, e em seguida, quando da aproximação dos policiais, o apelante arrancou em alta velocidade saindo em fuga do local, sendo necessário um acompanhamento tático do veículo até este ser abordado.

COM O PARECER, RECURSO DE APELAÇÃO DEFENSIVA EM PARTE PROVIDO.

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, dar parcial provimento ao recurso, apenas para absolver o apelante dos crimes de falsidade ideológica e adulteração de sinal de veículo automotor, nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, 14 de abril de 2014.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relator

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Dimas Laurenço da Silva Foi condenado às pensa de:

01 ano e 06 meses e o pagamento de 20 dias-multa pelo crime de receptação previsto no art. 180 do CP;

01 ano e 06 meses e o pagamento de 20 dias-multa. pelo crime de falsidade ideológica constate no art. 299 do CP e

04 anos de reclusão e o pagamento de 20 dias-multa pelo crime de adulteração de sinal de veículo automotor previsto no art. 311 também do CP.

Tais penas totalizam 07 anos de reclusão no regime inicial fechado.

E à pena de 07 meses de detenção pelo crime de dirigir sem habilitação previsto no art. 309 da Lei 9.503/97, a ser cumprida no regime inicial aberto.

Inconformado recorre pleiteando:

Sua absolvição pelo crime de receptação, falsidade ideológica, adulteração e dirigir veículo sem habilitação.

O Parquet contra-arrazoa às f.245-254 pelo improvimento recursal.

O Parecer Ministerial às f.263-267 opina pelo parcial provimento do recurso para que o recorrente seja absolvido do crime de falsidade ideológica e adulteração de sinal identificador de veículo automotor.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

O apelante foi denunciado porque:

> *"(...) No dia 30 de janeiro do corrente, por volta das 12h10min na BR 060, Km 205, nesta cidade, o denunciado foi surpreendido conduzindo veículo automotor em via pública sem a devida Habilitação, gerando perigo de dano, sendo constatado na ocasião que o mesmo conduzia em proveito próprio coisa que sabia ser produto de crime, qual seja, um automóvel Fiat Strada Adventure, bem como adulterou o número do chassi, placa,*

plaquetas adesivas e motor desse veículo automotor, além de ter inserido declaração falsa em documento público.

Segundo restou apurado, na data e local de ocorrência dos fatos a polícia rodoviária federal realizava fiscalização de rotina, quando deu sinal de parada ao condutor do veículo Fiat/Strada, placa aparente NBW- 8012 Valparaíso/GO, tendo o mesmo reduzido a velocidade e parado o automóvel no acostamento da via, e quando o policial de aproximou, acelerou o veículo, empreendendo fuga do local em alta velocidade.

Em ato contínuo os policiais realizaram o acompanhamento tático do referido automóvel, o qual era conduzido pelo denunciado, vindo a alcançá-lo e pará-lo próximo ao Km 213 da BR 060, de modo que se constatou não possuir aquele Carteira Nacional de Habilitação, tendo o mesmo gerado perigo de dano ao dirigir em alta velocidade, ao tentar empreender fuga da polícia.

Em revista ao veículo, localizou-se uma anotação sob o tapete do motorista referente à placa automotiva JIT-1333 Brasília/DF, sendo realizada consulta ao DENATRAN, quando foi constatado se tratar de automóvel com ocorrência de roubo/furto, de modo que o número constante na carroceria correspondia com a referida placa.

Ainda em diligências, os policiais rodoviários federais encontraram no carro o Certificado de Registro de Licenciamento de Veículo, CRLV n. 8941819065, o qual se constatou também ser objeto de furto, ocorrido na cidade de Uruaçu/GO na data de 30.12.2010, estando enquadrado na série de n. 894181501-9 a n. 894182100-0, consoante Boletim de Ocorrência n. 03/2011/DP/DEAM/URUAÇU.

O CRLV furtado é documento público autêntico, porém ideologicamente falso, pois nele se inseriram dados inverídicos, como proprietário, número da placa, ano de fabricação, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, qual seja, que em verdade o veículo era furtado.

Por fim, verificou-se que o ano de fabricação, 2011, existente nas peças do motor, não corresponde com o ano de fabricação da placa aparente, NBW-8012, tendo o veículo correspondente a essa placa sido fabricado em 2010, bem como identificou-se sinais de adulteração no chassi, placa, plaquetas e motor do veículo.

Os fatos são corroborados pelo interrogatório do acusado, o qual afirmou que não possuía habilitação para dirigir, bem como que recebeu o veículo na cidade de Brasília/DF e pretendia levá-lo até a cidade de Campo Grande/MS, de modo que pela condução receberia em proveito própria a importância de R$ 3.000,00 (três mil reais).

A materialidade e autoria dos delitos restaram comprovadas pelo histórico de ocorrência, pelos depoimentos constantes nos autos, pelo Boletim de Ocorrência de nº 277149 de fls. 11/13, pela cópia do CRLV de fl. 16, pela Consulta de Veículo por placa de fl. 17 e pela cópia do Boletim de Ocorrência n. 03/2011/DP/DEAM/URUAÇU de fls. 18/19.

Assim, diante dos indícios de autoria e materialidade dos delitos de dirigir sem habilitação, receptação, falsidade ideológica e adulteração de sinal identificador de veículo automotor, estandopresentes os requisitos para a propositura da ação penal, o Ministério Público Estadual denuncia DIMAS LAURENÇO DA SILVA como incurso nas penas do artigo 309 da Lei nº 9.503/1997 (CTB) c/c com o artigo 180 c/c artigo 299 c/c artigo 311, todos do Código Penal.

> *Requer que, recebida e autuada esta, seja o denunciado citado para apresentação de defesa preliminar, seguindo-se nos demais atos do Processo até final julgamento, consoante o procedimento estabelecido no Código de Processo Penal, ouvindo-se oportunamente, as testemunhas do rol abaixo...".*

Do crime de receptação:

O referido art. 180 está assim prescrito no CP:

> *"(...) Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9426.htm - art180 Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa...".*

A materialidade do delito está encartada através do Boletim de Ocorrências às f.14-16 e consulta ao RENAVAN às f.20 que confirma que o veículo em tela era proveniente de roubo/furto.

Quanto à autoria o apelante afirma em seu depoimento na fase policial às f.09 que foi contratado em Brasília-DF por Carmelo para trazer o veículo Strada para Campo Grande-MS, entrega-lo a "Alemão" em frente à "Pedra" e retornar de ônibus. Para tanto viria domingo e voltaria segunda-feira, e receberia por esse trabalho a importância de R$: 3.000,00.

Na fase policial às f.09 ao ser indagado se achava normal algum motorista ganhar R$: 3.000,00 (três mil reais) por uma única viagem, com duração aproximada de dois dias, o interrogando afirma que "(...) vacilou de novo (...)".

Em juízo, às f.119-121, confirma o depoimento prestado na fase policial e relata que não sabia que o veículo era roubado e que sequer conferiu em nome de quem o documento estava, nesses termos:

> *"(...) JUIZ: Essa acusação que tem aqui contra você Dimas, é verdadeira?*
>
> *DEPOENTE: Para mim não é não, porque eu, o cara para mim falou assim para mim: Leva esse carro lá, o carro é financiado, o cara já pagou R$19.000,00. , só falou isso, eu falei: Não posso ir não, estou de condicional. .*
>
> *JUIZ: Ia levar esse carro para onde?*
>
> *DEPOENTE: Campo Grande, lá para aquela (ininteligível) Afonso Pena, o cara já tinha até combinado um último quiosque que vende lá uns negócios lá, quiosque vende hambúrguer, era o último, estava tudo na hora certa para chegar.*
>
> *JUIZ: Quem que contratou você?*
>
> *DEPOENTE: Um tal de Carmelo, que fica lá na feira de Brasília, atrás do Recanto das Emas.*
>
> *JUIZ: Carmelo do quê?*
>
> *DEPOENTE: Não sei do resto, fica lá direto, de segunda a segunda ele está lá vendendo carro.*
>
> *JUIZ: Aí ele te contratou para trazer o carro?*
>
> *DEPOENTE: Na verdade eu fui lá olhar um carro para eu comprar, mas eu trabalhava em Brasília né, ele fez a proposta para mim, (ininteligível).*

JUIZ: Que proposta que ele fez para você?

DEPOENTE: Perguntou se eu queria ir para Campo Grande, que eu já sabia andar na estrada e tal, eu falei: Eu não posso ir não, estou de condicional. , Não, mas você vai lá, é uma viagem rápida, vai hoje, que é domingo, e volta amanhã (ininteligível) ônibus e você vem embora.

JUIZ: E por conta disso ele ia pagar quanto você?

DEPOENTE: R$3.000,00 para mim.

JUIZ: Para você trazer o carro?

DEPOENTE: É, nem minha mulher sabia disso, minha família não sabia.

JUIZ: E aí o quê que você falou?

DEPOENTE: Falei: Não, viagem rápida então eu vou, que é rápido assim. , aí eu vim para...

(...)

JUIZ: E esse carro era produto de roubo, de furto?

DEPONETE: Eu não sabia.

JUIZ: Você não sabia.

RÉU: O que ele me falou que o carro era financiado, o cara já tinha pago R$19.000,00 no carro, não sabia que o (ininteligível) que o senhor falou aí, cheio de problema esse carro.

JUIZ: O senhor não sabia que ele estava com a placa de outro carro?

DEPOENTE: Juro pelos meus filhos e por mim, eu juro, eu não sabia.

JUIZ: Não sabia que o carro era roubado?

DEPOENTE: Não sabia que esse carro tinha esse problema aí.

(...)

MP: Sim. Você saiu de Brasília no domingo?

DEPOENTE: Domingo à noite.

MP: E aí você ia encontrar quem e onde, e que dia?

DEPOENTE: Na segunda feira lá na Pedra lá de Afonso Pena.

MP: Quem que você ia encontrar lá?

DEPOENTE: Alemão.

MP: E o senhor ia fazer o quê? Ia vender esse carro para ele?

DEPOENTE: Não, ia entregar o carro e ele ia me colocar na rodoviária e eu ia vir embora, e saiu ele e dois caras.

MP: E o senhor ia receber esse R$3.000,00 de quem?

DEPOENTE: Desse, do Carmelo em Brasília.

MP: Do Carmelo?

DEPOENTE: Em Brasília.

MP: Não era do Alemão (ininteligível) Campo Grande?

DEPOENTE: Não, não cheguei nem a conhecer esse cara.

(...)

MP: Que o documento, esse documento aqui esse CRLV, estava dentro do carro? O senhor pegou o carro e aí? O tal do Carmelo te deu o carro lá em Brasília e aí?

DEPOENTE: Me deu o carro, (ininteligível) o carro, os documentos estão tudo aqui em cima, que era só (ininteligível).

MP: Você olhou o documento?

DEPOENTE: Tudo em dia, o carro (ininteligível), me deu R$400,00 e fui embora, 09:00 da noite eu saí de lá.

MP: E nesse documento esse carro estava no nome desse Carmelo ou não?

DEPOENTE: O nome do Carmelo não.

MP: Estava no nome de outra pessoa esse documento?

DEPOENTE: Só olhei só o nome do carro, não olhei o nome da pessoa que estava no documento do carro.

MP: O quê que você olhou no documento?

DEPOENTE: Só a data do carro, se estava tudo certinho, tudo em dia (ininteligível) 2012.

MP: A placa?

DEPOENTE: Não olhei a placa.

MP: Não olhou a placa?

DEPOENTE: Tst-tst, só 2012...".

Apesar da negativa do recorrente no sentido de que não sabia que o carro era produto de furto, há de se ponderar que o valor que seria pago por Carmelo ao apelante Dimas por apenas 01 dia de trabalho, R$: 3.000,00, demonstra que o recorrente Dimas sabia tratar-se de produto ilícito, porque valor do serviço era alto. *Mutatis mutandi*s, o elevado valor a ser percebido pelo apelante para trazer o carro de Brasília-DF para Campo Grande-MS em apenas um dia demonstra que o agente era sabedor tratar-se de produto de crime.

E mais, o recorrente também não soube explicar quem seria seu contratante Carmelo nem quem ia receber o veículo, limitando-se a dizer que seria o "Alemão".

Como se sabe, a apreensão do produto de crime em poder do agente inverte o ônus da prova, devendo ele comprovar que o possui licitamente. Assim, deveria o réu ter apresentado justificativa plausível para o fato de estar conduzindo um veículo furtado, o que não fez.

Portanto, as provas nos autos demonstram que o recorrente sabia que o veículo em tela era produto de crime, razão pela qual deve ser mantido sua condenação.

No que tange ao crime de falsidade ideológica o art. 299 do CP assim prescreve:

> *"(...) Art. 299 - **Omitir,** em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele **inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita**, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou **alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:***
>
> *Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular*

O documento questionado era um CRVL objeto de furto na cidade de Uruaçu, GO, como constava do BO 03/11/DAM/URUAÇU/GO, emitido naquela cidade, como informaram as testemunhas policiais rodoviários federais Tony Moretto e Hiroitto Santana a f. 8 e 6 (depoimentos na fase policial, depois confirmados em juízo).

Consta do Boletim de Ocorrência às f.21-22 do Estado de Goiás-GO, que o documento foi furtado da CIRETRAM juntamente com outros 600, no ano 2011. Tal boletim de ocorrência explicita que os CRLV's entre os números 894181501-9 a 894182100-0 foram furtados, e o CRLV encontrado em poder do recorrente e constante às f.19 é o nº 894181906-5, portanto está entre aqueles furtados da CIRETRAN.

Apesar do referido documento ser materialmente autêntico, pois foi furtado "em branco" da CIRETRAN de Goiás, os dados alí inseridos não condizem com a verdade. Por isso, não há dúvida de que o documento é ideologicamente falso, pois seu conteúdo tem dados falsos, já que os dados verídicos do veículo descritos no CRLV de f. 19 são totalmente diversos, tais como placas, chassi, número do motor, ano/modelo, etc, e o número do chassi constante do documento apreendido (f. 19) não corresponde ao número da gravação primitiva (f. 65/71). Então, os dados inseridos falsamente no documento não correspondem à verdadeira identificação do veículo.

Como bem fundamentou a sentença:

> *" E mais, consta naquele documento a data de sua emissão como sendo 08/11/2011, ou seja, data bem posterior ao aludido furto.*
>
> *Além disso, a consulta de veículo acostada à f. 20, demonstra que os dados verídicos do veículo descritos no CRLV de f. 19 são totalmente diversos, tais como placas, chassi, número do motor, ano/modelo, etc.*
>
> *O laudo de identificação de veículo automotor também comprova que o número do chassi constante do documento apreendido (f. 19) não corresponde ao número da gravação primitiva (f. 65/71).*
>
> ***Assim, não restam dúvidas que o documento em si (CRLV Certificado de Registro de Licenciamento de Veículo) é verdadeiro, todavia, os dados ali inseridos são falsos, haja vista que não correspondem com a verdadeira identificação do veículo."***
>
> *(destaques nossos)*

Porém, vale analisar o parecer da Procuradoria - Geral de Justiça, que foi no sentido de que o apelante deve ser absolvido do crime de falsidade ideológica por falta de prova da autoria, uma vez que não há certeza de que foi o apelante quem inseriu os dados alí constantes.

Cito aqui o parecer, nesse ponto:

> *"Não há provas suficientes para condenar o acusado pela falsidade ideológica porque:*
>
> *A) A instrução criminal não produziu elementos probatórios capazes de comprovar que o acusado praticou algum dos verbos previstos no tipo do art. 299 do CP, ou seja, não restou provado que Dimas inseriu os dados falsos no CRLV;*
>
> *B) Muito embora o acusado estivesse tendo algum benefício com a falsidade ideológica verificada no CRLV, uma vez que tal documento servia para dar aparência de licitude ao veículo receptado, não é possível dizer com certeza que foi ele quem produziu a falsificação;*
>
> *C) Na ocasião da abordagem policial, o acusado admitiu somente saber da origem ilícita do veículo, não havendo menção alguma de que Dimas tenha assumido a autoria da falsidade CRLV (cf. depoimentos dos policiais às f. 144 e 145);*
>
> *D) Assim, ante a fragilidade de provas de autoria da falsidade ideológica, é o caso de absolver o acusado."*

Para haver o crime de falsidade ideológica, exige-se segundo Guilherme de Souza Nucci (Manual de Direito Penal. 7ª ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.989), condutas de : inserir (colocar ou introduzir) ou fazer inserir (proporcionar que se introduza) declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Muito embora o apelante usasse o documento falso, não há a certeza de que de fato foi ele quem produziu a falsificação, incorrendo nas práticas tipificadas, nem mesmo há certeza de que ele estivesse ciente de que a documentação era ideologicamente falsa.

Conforme depoimento do apelante quando ouvido em juízo, este apenas reconheceu que olhou sim o documento, mas que estava " Tudo em dia, o carro". É certo que no mesmo interrogatório em juízo o apelante reconheceu que esse documento desse veículo não estava no nome desse Carmelo que lhe entregou o carro, mas isso só por si não prova que o apelante sabia do conteúdo falso do documento, apenas indica que o apelante podia fundamentadamente supor (até pelo contexto de toda a contratação com o indigitado Carmelo) que o veículo não pertencia a Carmelo, sem prova de que soubesse que o documento fosse ideologicamente falso.

Com efeito, o que se vê é que o apelante se arriscou na empreitada criminosa da receptação dirigindo veículo sem sequer possuir carteira de habilitação (esa falta da CNH foi verificada logo pelos policiais, quando o abordaram) , o que contribui para fragilizar a convicção de que ele tivesse tido cautelas mínimas de checar com minúcias a documentação do veículo, já que o principal (que por si só já era suspeito), ele já sabia: que o veículo não era da pessoa que o teria contratado, o tal de Carmelo.

Se aceitou a empreitada suspeita, como acima ficou demonstrado (quando da fundamentação da sua condenação pela receptação), acredita-se que outros detalhes da documentação seriam até menos relevantes para ele, pois afinal aceitou o principal que já se afigurava ser atuação ilícita (dirigir veículo alheio com origem visivelmente suspeita).

Veja-se seu depoimento em juízo, f. 119-121:

> *" JUIZ: Aí ele te contratou para trazer o carro?*
>
> *DEPOENTE: Na verdade eu fui lá olhar um carro para eu comprar, mas eu trabalhava em Brasília né, ele fez a proposta para mim, (ininteligível).*

JUIZ: Que proposta que ele fez para você?

DEPOENTE: Perguntou se eu queria ir para Campo Grande, que eu já sabia andar na estrada e tal, eu falei: Eu não posso ir não, estou de condicional."Não, mas você vai lá, é uma viagem rápida, vai hoje, que é domingo, e volta amanhã (ininteligível) ônibus e você vem embora."

JUIZ: E por conta disso ele ia pagar quanto você?

DEPOENTE: R$3.000,00 para mim.

(...)

JUIZ: O senhor não sabia que ele estava com a placa de outro carro?

DEPOENTE: Juro pelos meus filhos e por mim, eu juro, eu não sabia.

JUIZ: Não sabia que o carro era roubado?

DEPOENTE: Não sabia que esse carro tinha esse problema aí.

JUIZ: E você tem a carteira de habilitação?

DEPOENTE: Eu tinha uma carteira na época, que eu ia a uma auto escola lá, a mulher não enganou não foi só eu não, muita

gente lá em Brasília. Inclusive eu fui depor contra ela lá no Fórum de Brasília. Muita gente (...)

JUIZ: Você sabendo que você não tem carteira de habilitação, como é que você pega um carro para...

DEPOENTE: Ah, burrice né.

*JUIZ: Para conduzi**r?***

DEPOENTE: Burrice minha" (...)

Indagado sobre a documentação, o apelante negou ter vislumbrado a falsidade do documento CRLV, veja-se seu depoimento:

MP: O senhor sabia que estava com chassi adulterado, motor adulterado?

DEPOENTE: Tst-tst, não senhora.

MP: Que o documento, esse documento aqui esse CRLV, estava dentro do carro? O senhor pegou o carro e aí? O tal do Carmelo te deu o carro lá em Brasília e aí?

DEPOENTE: Me deu o carro, (ininteligível) o carro, os documentos estão tudo aqui em cima, que era só (ininteligível).

MP: Você olhou o documento?

DEPOENTE: Tudo em dia, o carro (ininteligível), me deu R$400,00 e fui embora, 09:00 da noite eu saí de lá.

MP: E nesse documento esse carro estava no nome desse Carmelo ou não?

DEPOENTE: O nome do Carmelo não.

MP: Estava no nome de outra pessoa esse documento?

DEPOENTE: Só olhei só o nome do carro, não olhei o nome da

pessoa que estava no documento do carro.

MP: O quê que você olhou no documento?

DEPOENTE: Só a data do carro, se estava tudo certinho, tudo em dia (ininteligível) 2012.

MP: A placa?

DEPOENTE: Não olhei a placa.

MP: Não olhou a placa?

DEPOENTE: Tst-tst, só 2012.

MP: Então o senhor não sabia que os dados desse documento eram falsos?

DEPOENTE: Não senhora.

MP: E também não sabia dessas adulterações dos sinais do veículo?

Motor, chassi?

DEPOENTE: Essas acusações eu não sabia de nada senhora. (...)

Não há prova segura e o apelante nada confessou a respeito deste ponto, de saber da falsidade ideológica do documento, assim como não lhe foi indagado quem teria falsificado o documento.

A falsificação do documento, ademais, exigiria atuação (atividade de falsificação em si) de certa forma diversa da relatada pelo apelante, que informa que tudo se deu em um dia, rapidamente (a contratação dele para dirigir o veículo e logo em seguida a ação de dirigir o veículo), vale lembrar sua fala:

> *"DEPOENTE: Perguntou se eu queria ir para Campo Grande, que eu já sabia andar na estrada e tal, eu falei: Eu não posso ir não, estou de condicional." Não, mas você vai lá, é uma viagem rápida, vai hoje, que é domingo, e volta amanhã (ininteligível) ônibus e você vem embora."*

Não há falsidade ideológica culposa (TJSP , RT 537/272) , não há o crime sem a consciência da falsidade (TJSP, RT 672/292, 491/292), e a denúncia deve referir-se a tal elementos subjetivo, sob pena de inépcia (TJSP, RT 519/363).

No caso presente, entendo que a dúvida sobre a consciência da falsidade deve vir em benefício do apelante, para absolvê-lo.

Quanto ao crime de adulteração de sinal automotor o respectivo artigo assim determina:

> *"(...) Art. 311* - Adulterar ou remarcar número de chassi *ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9426.htm - art311 Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa...".*

No caso em tela o laudo encartado às f.64-71 confirma que a numeração do chassi foi adulterada.

Cita-se aqui o Laudo Pericial Nº 79/36 de fls. 64/71, onde constou a seguinte conclusão:

> *" 7.1 - O sequencial identificador do CHASSI do veículo examinado na data do exame encontrava-se adulterado por supressão parcial de dígitos por instrumentos a guisa de abrasivos e posterior remarcação de dígitos, obtendo-se revelação dos caracteres latente de uma gravação primitiva 9BD27844PC7392578 .*
>
> *Em consulta ao sistema INFOSEG verificou-se que o chassi revelado pertencia a um veículo semelhante, placas JIT-1333, de Brasília (DF).*
>
> *7.2 - A superfície de impressão do sequencial identificador do bloco do motor do veículo examinado, na data dos exames, apresentava desgaste abrasivo e gravação dos caracteres de forma irregular, porém quando procedido o exame químico no local, não logrou-se êxito na revelação dos caracteres latentes do sequencial do motor."*

Portanto, não há dúvidas de que foram alteradas as placas de identificação do veículo Fiat, Strada Adventure, cor vermelha, bem como o sequencial identificador do veículo e a numeração identificadora do motor.

O delito de adulteração de sinal identificador tutela a fé pública quanto aos sinais que identificam os veículos automotores, uma vez que a partir destes são devidamente registrados e reconhecidos. Citando Cézar Roberto Bittencourt (Tratado de direito penal: parte especial : volume 4 São Paulo : Saraiva, 2004, pág. 371. Disponível em: www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/recursos... New/Tese-209_0.Doc):

> *"São duas as condutas típicas alternativamente: adulterar (falsificar, mudar, alterar por meio de qualquer modificação) ou remarcar (tornar a marcar, alterando, pôr marca nova em). Os elementos objetivos são: número de chassis (estrutura de aço sobre a qual a carroceria do veículo é montada) ou qualquer sinal identificador (marca ou traço que possibilita autenticar ou reconhecer alguma coisa, por exemplo, placa, plaqueta de veículo automotor) de seu componente (parte elementar) ou equipamento."*

Tutela-se a fé pública que recai sobre o número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento, e, por consequência, tutela-se a identificação do veículo.

No caso, foram alterados os sinais identificadores do veículo Fiat Strada Adventure, já que ele não tinha o chassi 98B27844DA7264333 nem a placa NWB-8012, e sim o 9BD27844PC7392578 e a placa JIT-1333.

Porém, alega a defesa que as testemunhas ouvidas tanto em fase de inquérito policial quanto em juízo limitaram-se a afirmar fatos relativos à abordagem do réu, que conduzia um veículo automotor, não se reportaram a uma específica conduta do agente de haver alterado sinais identificadores do automóvel. Ainda sustenta a Defesa que o o laudo pericial da adulteração/remarcação não indica só por si que fora o acusado o autor dessas condutas.

Trata-se então de saber se , quanto ao crime de adulteração temos como afirmar com certeza que foi o apelante aquele que modificou os números do chassi, ou se o apelante deve ser absolvido também deste crime.

Também neste ponto vale citar o parecer pela absiolvição, da Procuradoria Geral de Justiça, nos seguintes termos (cf. F. 266):

> *"A) Não restou provado que foi o acusado quem efetuou as adulterações nos sinais identificadores do veículo receptado;*
>
> *B) Do mesmo modo como no delito de falsidade ideológico, o acusado beneficiava-se com as adulterações feitas no veículo, mas nenhuma prova foi produzida no sentido de demonstrar que ele tenha adulterado os sinais;*
>
> *C) Os policiais rodoviários federais que realizaram o flagrante não esclareceram se o acusado admitiu ter feito as adulterações verificadas no veículo (f. 144/145);*
>
> *D) Portanto, não há como manter a condenação também pelo crime previsto no art. 311 do CP."*

A meu ver, assite-lhe razão, pelos mesmos considerandos feitos a respeito do delito de falsificação.

É minha convicção de que o apelante se envolveu em conduta que sabia ser criminosa (a receptação) e os demais detalhes podem ter passado por menos relevantes para ele. Sabendo que a empreitada era criminosa, não há certeza de que tivesse se preocupado com o "tamanho" da ilicitude, se envolvia ou nao ainda outros crimes conexos. Pois se ele nem sequer se preocupou com o fato de não ter CNH para exibir aos policiais, em caso de fiscalização, algo tão possível e tão provável de acontecer, parece que agiu sim de forma afoita e sem muita preocupação com os riscos envolvidos, e não há segurança de que tenha verificado com cautela todas as irregularidades relativas á adulteração dos sinais do veículo e à falsidade da documentação.

Sobre o tema este Tribunal assim já decidiu na Apelação Criminal nº 2008.032470-8/0000-00 2ª T. Crim, da relatoria do Des. Carlos Eduardo Contar:

> *"(...) APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL – RECEPTAÇÃO – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – NÃO OCORRÊNCIA – ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR – AUTORIA NÃO DEMONSTRADA – PARCIAL PROVIMENTO. Amplamente comprovado que o agente tem plena consciência de que transportou bem produto de crime, resta imperiosa a condenação pelo crime de receptação, mostrando-se descabido o pleito absolutório. Mesmo que evidente a adulteração de sinal identificador de veículo, não há de se condenar o condutor, quando não restar demonstrado que foi ele mesmo quem realizou tal prática delitiva.Apelação criminal defensiva a que se dá parcial provimento, absolvendo o apelante quanto ao crime do art. 311, caput, do Código Penal (...)".*

Entendo que falta prova segura para condenar o apelante, quanto a este crime.

No que tange ao crime de dirigir sem habilitação o art. 309 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), assim prescreve:

> *"(...) Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano.*
>
> *Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa...".*

Para configuração deste delito é necessário que o agente não esteja com a permissão para dirigir ou habilitação, e coloque em risco a incolumidade pública.

No caso em tela o próprio apelante, na fase policial às f. 10 e em juízo às f.120 assim confirma que não estava com a CNH, veja-se:

> *Na fase policial às f.10: "(...) Afirma não possuir habilitação para dirigir veículo automotor (...)"*
>
> *Na fase judicial às f. 120:*
>
> *"(...) JUIZ: E você tem a carteira de habilitação?*
>
> *DEPOENTE: Eu tinha uma carteira na época, que eu ia a uma auto escola lá, a mulher não enganou não foi só eu não, muita gente lá em Brasília. Inclusive eu fui depor contra ela lá no Fórum de Brasília. Muita gente...*
>
> *JUIZ: Você sabendo que você não tem carteira de habilitação, como é que você pega um carro para (...).*
>
> *DEPOENTE: Ah, burrice né.*
>
> *JUIZ: Para conduzir?*
>
> *DEPOENTE: Burrice minha (...)".*

Portanto, restou provado que o apelante estava dirigindo sem a devida habilitação.

Quanto ao perigo de dano gerado pelo recorrente, este ficou devidamente provado através da alta velocidade empreendida no veículo para fugir da atividade policial, tanto que foi necessário ser "perseguido" (acompanhamento tático) para ser abordado, para tanto, veja-se:

O Policial Rodoviário Federal Hiroito dos Santos Santana, na fase inquisitiva às f.06 assim confirma:

> *"(...) Deu sinal de parada para o condutor do veículo FIAT/Strada, cor vermelha, placa aparente NWB-8012 Valparaíso de Goiás/GO, onde este reduziu a velocidade e colocou o veículo no acostamento da via. Em seguida durante a aproximação do depoente, o condutor arrancou em alta velocidade saindo em fuga do local. Foi realizado acompanhamento tático do veículo até este ser abordado (...)".*

Na fase judicial às f.144 esta testemunha assim ratifica os termos acima prestados na fase policial.

No mesmo sentido é o depoimento do policial Tony Emerson Moreto às f.08 e f.145.

Portanto, restou caracterizado o delito de dirigir sem habilitação.

Ante o exposto, com o Parecer Ministerial, dou parcial provimento ao recurso para absolver o apelante Dimas Laurenço da Silva dos crimes de falsidade ideológica e adulteração de sinal de veículo automotor, permanecendo as demais condenações.

Determinações finais:

Portanto a pena do recorrente fica assim estabelecida:

1) Pena de 01 ano e 06 meses e o pagamento de 20 dias-multa pelo crime de receptação previsto no art. 180 do CP;

2) Pena de 07 meses de detenção pelo crime de dirigir sem habilitação previsto no art. 309 da Lei 9.503/97.

Considerando a pena final e que o apelante é reincidente conforme consta às f.59 , fixo o regime semiaberto para início do cumprimento de pena nos termos do art 33, §2º, alínea "C" do CP c/c §3º do mesmo dispositivo,

Não há possibilidade de substituição das penas, nos termos do §3º do art. 44 também do CP.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, apenas para absolver o apelante dos crimes de falsidade ideológica e adulteração de sinal de veículo automotor, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

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, 14 de abril de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0009315-54.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO – FREQUÊNCIA ESCOLAR SUFICIENTE – APROVEITAMENTO – INEXISTÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Nos termos do art. 126 da Lei de Execução Penal é exigida somente a frequência escolar para que o reeducando obtenha a remição de pena, sendo desnecessária a comprovação do aproveitamento do curso.

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, não prover o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 31 de março de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de agravo de execução penal interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão de f. 21-22, proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande, que deferiu o pedido de remição por estudo do reeducando F. M. G., ainda que o mesmo não tenha efetivamente comparecido às aulas durante o ano letivo de 2013.

Requer, portanto, seja provido o presente agravo, reformando-se a decisão a fim de que sejam anulados os dias remidos.

Em contrarrazões, o agravado requer o improvimento do recurso.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

O recurso deve ser improvido.

Depreende-se que a decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

"Trata-se de Execução da Pena imposta a F. M. G., na qual, com a juntada de certidão de frequência e boletim escolar relativos ao 3º bimestre do ano-letivo de 2013 - 5ª fase do Ensino Fundamental/EJA (f. 128-129), o Ministério Público se manifestou pelo indeferimento da remição por estudo, em razão da falta de assiduidade na frequência (f. 131).

Por outro lado, a defesa requer a remição de 11 dias da pena (f. 133-135).

DECIDO.

Registro que, acompanhando a jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça deste Estado, verifico a total disparidade entre o entendimento das Câmaras Criminais sobre a questão ora em análise. Isto porque a 1ª Câmara Criminal vêm exigindo a comprovação de frequência assídua e bom aproveitamento escolar (entendimento outrora adotado por este magistrado), enquanto a 2ª Câmara Criminal ratifica seu entendimento de que o aproveitamento escolar mínimo ou a assiduidade na frequência NÃO são requisitos legais para a concessão da remição pelo estudo.

Pois bem, embora respeite os argumentos que embasam ambos os posicionamentos, e inclusive já tenha me posicionado pela exigência de aprovação, isto é, aproveitamento efetivo dos estudos para então conceder a remição da pena, por razões de política criminal, entendo que se mostra cabível conceder o benefício também àqueles internos que, embora reprovados por nota ou frequência insuficientes, ao menos frequentaram aulas por um certo período, ou seja, tentaram.

Dessa forma, se busca incentivar os reeducandos a maior participação e frequência nos estudos, considerando que, mesmo que reprovados ao final, poderão obter a remição da pena proporcional ao período em que frequentaram as aulas.

Ademais, não haverá desprestígio àqueles que, com maior esforço, obtiverem a aprovação e frequência total, conquanto estes, além de terem mais dias remidos (proporcionalmente - a cada 12 dias de estudo obtém-se 1 dia de remição), também poderão, quando concluído o ensino fundamental ou médio, obter o acréscimo de 1/3 dos dias remidos (LEP, art. 126, § 5º).

Feitas tais considerações, em análise aos documentos de f. 128-129, que comprovam a frequência de 127 horas-aulas no 3º bimestre (de 24/07/2013 a 26/09/2013) do ano-letivo de 2013, entendo cabível a remição de 10 dias da pena (127 : 12).

Ante o exposto, com fundamento no artigo 126, inciso I, da Lei de Execução Penal, e considerando os documentos de f. 128-129, DEFIRO a remição de 10 (dez) dias da pena."

Em que pese o entendimento do Ministério Público Estadual em ver cassada a decisão que determinou remição pelo estudo, ainda que o reeducando não teve o aproveitamento suficiente, bem como possui várias faltas às aulas, entendo como acertada a decisão do magistrado de instância singela.

A Lei de Execução Penal estabelece no art. 126 que:

"o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena", e que a contagem de tempo será feita à razão de "1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias."

Verifica-se, portando, que a lei não estabeleceu como requisito o aproveitamento escolar nem o cumprimento regular da frequência obrigatória, tanto que fixou como regra para o cômputo o número de horas frequentadas.

A ideia é reforçada pela inclusão do § 5º ao art. 126 da LEP (incluído pela Lei n. 12.433, de 2011), que passou a prever uma bonificação com acréscimo de 1/3 no tempo a remir em função das horas de estudo no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior, durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação, ou seja, apenas para tais situações é exigido o aproveitamento a fim de que o reeducando seja beneficiado com aumento na redução da sua pena.

A norma contempla o princípio da humanização da pena, visando a reinserção social do reeducando, com sua recuperação e reintegração comunitária.

Nesse sentido colhe-se julgado desta Corte:

> *"E M E N T A – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO – FREQUÊNCIA ESCOLAR SUFICIENTE – APROVEITAMENTO – INEXISTÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *Nos termos do art. 126 da Lei de Execução Penal é exigida somente a frequência escolar para que o reeducando obtenha a remição de pena, sendo desnecessária a comprovação do aproveitamento do curso." (Agravo de Execução Penal - Nº 0044908-81.2013.8.12.0001 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence – TJ/MS)*
>
> *"E M E N T A – EXECUÇÃO PENAL – AGRAVO – REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO – ART. 126, § 1º, INCISO I, DA LEP – IMPROVIDO.*
>
> *O artigo 126, da LEP contempla o princípio da humanização da pena, visa a reinserção social do reeducando, com sua recuperação e reintegração comunitária.*
>
> *Como em sede de execução penal é aplicável o princípio da legalidade estrita, bem como, a remição é um direito do reeducando adquirido ao longo do tempo, não há como afastar a remição pelo tempo de estudo com a imposição de requisitos não previstos em lei" (Agravo de Execução Penal - Nº 0043655-58.2013.8.12.0001 - Campo Grande - Relator Designado – Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli – TJ/MS)*

Por tais considerações, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao recurso ministerial.

É como voto.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Peço vênia para divergir do e. relator.

A remição pelo estudo é tratada pela Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execução Penal) nos artigos 126 a 130, cujos termos são os seguintes:

> *"Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.*
>
> *§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:*

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

(...)

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.

§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Art. 128. O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos.

Art. 129. A autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles.

§ 1º O condenado autorizado a estudar fora do estabelecimento penal deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar.

§ 2º Ao condenado dar-se-á a relação de seus dias remidos.

Art. 130. Constitui o crime do artigo 299 do Código Penal declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição."

Como cediço, a educação, além de um direito social (art. 6º, da Constituição Federal), também constitui um dever da família e do Estado (art. 205, da Constituição Federal e art. 2º, da Lei n.º 9.234/96), tendo por objetivo promover o desenvolvimento da pessoa como ser humano e cidadão e qualificá-la para o mercado de trabalho.

Neste sentido, denota-se das disposições da Lei de Execução Penal que a remição pelo estudo nada mais é do que um incentivo para que por meio do desenvolvimento de uma atividade intelectual, o condenado se aperfeiçoe como ser humano e cidadão, qualifique-se para o trabalho, e, consequentemente, possa ressocializar-se.

Diante disso, questiona-se a necessidade de prova do aproveitamento escolar do sentenciado como requisito para concessão da remição.

Segundo a disposição do art. 126, § § 1º e 2º, a simples frequência do condenado às aulas seria suficiente para o reconhecimento do benefício. A reafirmar tal entendimento, o art. 129, "*caput*", é expresso ao dispor que a autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao Juízo das Execuções Penais cópia do registro dos presos estudantes, com informação a respeito das horas de frequência escolar ou das atividades de ensino desempenhadas.

Ocorre que ao sentenciado que estuda fora da prisão exige-se prova não apenas da frequência, como também do aproveitamento escolar (art. 129, § 1º). De outro vértice, o condenado em regime fechado que é autorizado a estudar fora da prisão (sejam quais forem os motivos que justifiquem tal concessão) é obrigado a comprovar frequência e aproveitamento escolar.

Por fim, aquele que cumpre pena em regime semiaberto ou aberto e o que goza de livramento condicional e que é autorizado a estudar fora do estabelecimento penal deverá fazer prova de frequência e do aproveitamento escolar.

Logo, é certo que o estudo extra-muros é tratado de forma muita mais séria que o ministrado dentro da unidade penal, trazendo à tona a premissa de que a educação no interior do presídio nada mais se trata do que uma atividade recreativa para o preso que, ao invés de permanecer ocioso em sua cela ou banho de sol, pode permanecer na sala de aula pelo tempo que lhe aprouver, sem qualquer compromisso com tal atividade.

Em outras palavras: o estudo fora da prisão é realmente disciplinado como estudo, enquanto aquele ministrado no estabelecimento penal é tratado como uma atividade de somenos importância.

Tal disparidade de tratamento contraria o disposto no art. 12, III, e no art. 13, III, ambos da Lei n.º 9.394/96, os quais, em síntese, determinam caber aos estabelecimentos de ensino assegurar o cumprimento dos dias letivos e horas-aula fixados e aos professores o zelo pela aprendizagem dos alunos.

Por outro lado, conveniente relembrar que o art. 24, I, V e VI, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, estabelece dentre outras regras para a educação básica, nos níveis fundamental e médio, o cumprimento de carga horária mínima anual de 800 (oitocentas) horas, distribuídas por um mínimo de 200 (duzentos) dias de efetivo trabalho escolar, assim como a exigência de frequência mínima de 75% (setenta e cinco por cento) do total de horas letivas para aprovação, e a verificação do rendimento escolar de acordo com os critérios ali estabelecidos.

Assim, a remição pelo estudo deve ser encarada com a mesma seriedade que se confere à educação ministrada em qualquer outro estabelecimento de ensino, pois constitui-se mais do que um simples benefício de execução penal, sendo um dos fatores determinantes a tão almejada ressocialização do condenado.

Diante de tais considerações, não há justificativa para que o sentenciado que cumpre a reprimenda em regime fechado e estuda dentro da prisão não tenha de comprovar aproveitamento escolar como quer fazer crer o agravante.

Outrossim, ainda que a legislação não faça referência às notas obtidas pelo reeducando, nem tampouco à sua aprovação no curso, é certo que exige expressamente a comprovação de frequência estabelecendo, inclusive, o numero de horas-aula necessários para remir 01 (um) dia de pena.

Verifica-se do "Boletim Escolar" referente ao ano letivo de 2013, o total de 287 (duzentas e oitenta e sete) faltas, enquanto o máximo permitido é de 225 (duzentas e vinte e cinco) faltas, além da observação de que a frequência mínima obrigatória é de 75% (setenta e cinco por cento) e o aluno frequentou apenas 66% (sessenta e seis por cento) das aulas (f. 16).

Concluir-se numa interpretação literal, pelo simples desejo de se conceder mais um benefício aos condenados em regime fechado, ao argumento de que a lei nada dispõe sobre a necessidade de aproveitamento afigura-se uma leitura limitada da mesma, em flagrante prejuízo aos condenados em regime semiaberto e aberto, olvidando-se quem assim o fizer de uma simples, esperada e necessária inteligência sistemática do ordenamento legal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo ministério público estadual, para o fim de afastar o dias remidos, retificando-se o cálculo de pena de F. M. G.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º Vogal)

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, não proveram o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

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, 31 de março de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0010607-74.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – INDEFERIMENTO DO INDULTO HUMANITÁRIO – PEDIDO DE CONCESSÃO – APENADO IDOSO ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE ATESTADO POR LAUDO MÉDICO OFICIAL – NECESSIDADE DE CUIDADOS ESPECIAIS – HIPÓTESE PREVISTA NA LETRA "C", DO INCISO XI, ART. 1º DO DECRETO N. 8.172/2013 – PRETENSÃO ACOLHIDA – PROVIDO.

Se o quadro clínico do apenado, embora não permanente, é grave, com risco de novo infarto, estando acometido de doenças que exigem cuidados contínuos, não sendo recomendável, segundo o laudo médico oficial, sua permanência no sistema prisional, impõe-se a concessão do indulto humanitário, com supedâneo na letra "c", do inc. XI, art. 1º, do Decreto n. 8.172/2013.

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 agravo de execução penal.

Campo Grande, 5 de maio de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de agravo em execução interposto por Luiz Augusto De Barros Lima em face da decisão do Juiz de Direito da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS, que indeferiu seu pedido de indulto humanitário e de prisão domiciliar, por entender que a incapacidade do sentenciado, apesar de total, é temporária.

Aduz que, o agravante foi condenado à pena privativa de liberdade de 15 (quinze) anos de reclusão pela prática dos delitos tipificados nos artigos 33, *caput* e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006, a qual vem sendo cumprida ininterruptamente desde sua prisão em flagrante no dia 18 de outubro de 2007.

Relata que o agravante possui 70 anos de idade, sendo que adquiriu diversas doenças, seja de ordem congênita ou degenerativa, e por isso em 15/04/2013, quando ainda estava no regime fechado, pleiteou prisão domiciliar que foi indeferida e concedida a progressão para o semiaberto (f. 490/491).

Assevera que, no entanto, devido ao estado debilitado de saúde do reeducando, por diversas vezes este teve que ser encaminhado com urgência até as Unidades de Saúde da Rede Municipal de Saúde, e por essa razão a defesa pleiteou novamente prisão domiciliar, ocasião que lhe foi deferida permissão de saída para tratamento médico, por trinta dias e determinada sua submissão à perícia médica oficial (f. 543/544).

Apresentado o laudo pericial de f. 616/619, o qual comprovou as péssimas condições de saúde do agravante, o juízo *a quo* determinou a prorrogação da permissão de saída para tratamento médico por 180 dias (f. 625).

Pondera a defesa que apesar dos cuidados médicos ao qual o agravante esta sendo submetido seu estado de saúde somente se agrava, motivo pelo qual pleiteou o indulto humanitário com base na letra "c", do inciso XI, do art. 1°, do Decreto n°.8.172, de 24 de dezembro de 2013, o qual restou indeferido.

Afirma que tanto o representante do Ministério Público quanto o MM. juiz singular entenderam que a enfermidade para concessão da benesse presidencial deve ser permanente, contudo, assevera que referida decisão está equivocada, porquanto a letra "c", do inciso XI, do art. 1°, do Decreto supracitado estende-se também aquelas pessoas cuja mantença da vida exijam cuidados contínuos e que não possam ser prestados no estabelecimento penal, o que é o caso do agravante.

Em contrarrazões, a representante ministerial pugnou pela manutenção integral da decisão agravada (f. 12-15).

Exercendo o juízo de retratação, o magistrado *a quo* manteve a decisão agravada por seus próprios fundamentos (f. 16).

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo improvimento do agravo em execução.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Requer o agravante a concessão do indulto humanitário com base na letra "c", do inciso XI, do art. 1°, do Decreto n° 8.172, de 24 de dezembro de 2013, em razão do seu estado debilitado de saúde, aduzindo que por diversas vezes, quando ainda cumpria pena no regime fechado, teve que ser encaminhado com urgência até as Unidades de Saúde da Rede Municipal de Saúde, sendo-lhe deferida permissão de saída para tratamento médico, primeiro por trinta dias e depois por mais 180 dias.

Assiste razão ao agravante.

Eis o inteiro teor da decisão combatida (f. 671), *verbis*:

> *"Da detida análise do laudo pericial acostado aos autos, observo que, ao revés do que aduz a defesa, o sentenciado não faz jus ao benefício pretendido. Para perfeita análise, transcrevo o artigo 1º, XI, "c" do Decreto 8.172/13:*
>
> *'Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:*
>
> *(...)*
>
> *XI - condenadas:*
>
> *(...)*
>
> *c) acometidas de doença grave e <u>permanente</u> que apresentem grave limitação de atividade e restrição de participação ou exijam cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, desde que comprovada a hipótese por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, constando o histórico da doença, caso não haja oposição da pessoa condenada; (...)' (destaquei)*

> *Como se pode observar, dentre os requisitos cumulativos, diga-se de passagem, para a concessão de indulto humanitário, é necessário que a enfermidade seja permanente.*
>
> *Nesse contexto, inobstante atestar o laudo pericial em questão que realmente o sentenciado padece de enfermidades consideradas graves, as quais, inclusive, levaram à concessão da permissão de saída para tratamento médico (f. 625), também consta do referido laudo que incapacidade do sentenciado, apesar de total, é temporária (item 3 de f. 618).*
>
> *Dessa forma, considerando o caráter transitório da enfermidade que acomete o sentenciado - incapacidade temporária -, reputo ausente o requisito necessário e INDEFIRO o pedido de indulto humanitário formulado pela defesa."*

Infere-se dos autos que o apenado sofre de hipertensão arterial, insuficiência coronariana crônica, cardiopatia isquêmica com função ventricular preservada e problemas no sistema digestivo. Não foi por motivo outro, diante da gravidade do quadro clínico do agravante, que por duas vezes ele obter permissão de saída para tratamento médico.

Assim, não me parece razoável indeferir-lhe a concessão do indulto humanitário ao argumento de que a incapacidade seria temporária e não permanente.

Ora, conforme se observa do laudo acostado às f. 632-636, nos quesitos do juízo, item 3, a incapacidade, embora temporária, é total; no item 6, a resposta foi afirmativa quando indagado se a incapacidade o impede de cumprir pena junto ao regime semiaberto; já no item 7, ao explicitar o item anterior, respondeu o perito que *"o periciado infartou a menos de dois meses, está com trombo intracardíaco e em fase de adequação ao uso de anticoagulante oral, o documento apensado a página 578 dos autos demonstra que o mesmo tem feito controle semanal no ambulatório de TAP do Hospital Universitário, assim entendo que neste momento não é recomendável sua permanência no sistema prisional"*.

A preocupação desta relatoria se acentua ainda mais quando verificados os quesitos da parte, no item 1, tendo o perito afirmado que há risco de novo infarto; no item 3, disse ser necessário o tratamento permanente e; por fim, no item 4, quando indagado se *"em caso de novo I.A.M. – Infarto Agudo do Miocárdio, qual é o tempo ideal para os primeiros socorros?"*, respondeu *"o mais rápido possível, preferentemente dentro da primeira hora"*.

Consta, ainda, do referido laudo que *"A medicação em questão é varfarina (marevan), seu uso envolve risco de sangramento por isso o controle deve ser rigoroso. Este controle é feito através de exame tempo de protrombina (TAP) que deve ser analisado por médico que fará ajustes na dose do medicamento quando for necessário, no início do tratamento o controle será semanal e/ou quinzenal após estabilização do TAP poderá ser mensal"*.

Nesse prisma, compete ao julgador examinar o caso à luz da dignidade da pessoa humana e não apenas na letra fria da lei. O quadro clínico do paciente, embora não permanente, é extremamente grave, com risco de novo infrato, quando então o socorro deverá ser prestado o mais rápido possível, não sendo recomendável, segundo o perito, sua permanência no sistema prisional, ainda que não tenha restado demonstrada a impossibilidade da prestação da devida assistência médica pelo estabelecimento penal em que cumpre pena.

Assim sendo, salvo melhor juízo, a situação do agravante encaixa-se perfeitamente na hipótese da letra "c", do inc. XI, art. 1º, do Decreto n. 8.172/2013, já que as condições impostas no dispositivo acima não restringe à condição da doença ser permanente, estendendo-se também àquelas pessoas acometidas de doença grave que exijam cuidados contínuos devidamente comprovado por laudo médico oficial, sendo esse justamente o caso do agravante.

Por tais motivos, dou provimento ao agravo em execução interposto por Luiz Augusto de Barros Lima, para conceder-lhe o indulto humanitário nos termos do Decreto n. 8.172/2013. Comunique-se o juízo de origem para as providências cabíveis e necessárias. Decisão contra o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao agravo de execução penal.

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. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 05 de maio de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1401727-14.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PRISÃO CIVIL – ALIMENTOS – PACIENTE RECÉM-OPERADO – NECESSIDADE DE CUIDADOS ESPECIAIS – REVOGAÇÃO DA PRISÃO – ORDEM CONCEDIDA.

Embora extremamente reprovável a dívida alimentar, não se mostra recomendável encaminhar o paciente, recém-operado, do nosocômio diretamente para o estabelecimento prisional, não apenas em razão da superlotação carcerária já conhecida neste país, mas, sobretudo, diante do seu debilitado estado de saúde, que inspira cuidados, o que sem sombra de dúvidas não terá no ergástulo. Prisão civil revogada. Ordem concedida.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes**.**

A advogada Rosane Rocha impetra a presente ordem de habeas corpus com pedido liminar em favor de Carlos Modesto de Oliveira, sob a alegação de estar na iminência de sofrer constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande, que determinou a expedição de mandado de prisão por dívida alimentar.

Aduz que, não obstante o descumprimento do acordo firmado a título de alimentos, o paciente foi internado no Hospital Regional Rosa Pedrossian no último dia 08/02/2014 para submeter-se a cirurgia de extração de cálculos na vesícula biliar, o que ocorreu em 11/02/2014, de modo que encontra-se com sua saúde debilitada, e, na iminência de receber alta médica, com a ordem de prisão será levado diretamente para o estabelecimento prisional, o que poderá lhe trazer sérios danos à saúde dada sua condição de recém-operado.

Argumenta, ainda, ser inadmissível a prisão civil por parcelas anteriores aos últimos 03 (três) meses, já que, em se tratando de débito pretérito, perde o caráter emergencial autorizador da prisão.

Assim sendo, requer o deferimento do pleito liminar, para que o paciente seja imediatamente colocado em liberdade, ratificando-a quando do julgamento final do *writ*, revogando-se o decreto de prisão civil.

A liminar foi deferida (f. 125-126), tendo sido requisitadas as informações da autoridade impetrada.

As informações vieram anexadas às f. 131-132.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela concessão parcial do *writ*, "para que a instância singela averigúe, periodicamente, se o paciente reúne condições de saúde para ser submetido ao cárcere, até que sejam adimplidas as prestações vencidas que ensejaram a medida extrema.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Visa a impetrante revogar a prisão civil por dívida alimentar decretada em desfavor do paciente Carlos Modesto de Oliveira.

Assiste-lhe razão.

Embora extremamente reprovável o débito alimentar – cujo valor já supera R$ 2.300,00 -, bem como a postura adotada pelo paciente Carlos, que deixou de honrar com o acordo de parcelamento do débito que ele próprio apresentou, o seu recolhimento ao cárcere de nada adiantaria, além do que contribuiria e muito para agravar a sua já precária condição de saúde.

Não foi por motivo outro que quando do deferimento do pleito liminar (f. 125-126), deixei consignado, *verbis*:

> *"De fato, ao que consta o paciente é devedor de alimentos aos filhos Lucas da Silva de Oliveira e Bruna da Silva de Oliveira, já que deixou de honrar com o acordo que ele próprio apresentou de parcelamento do débito, que a época somava R$ 2.334,14 (dois mil, cento e trinta e quatro reais e quatorze centavos), efetuando o pagamento de R$ 1.000,00 (hum mil reais) e propondo o parcelamento do remanescente em 30 (trinta) parcelas de R$ 44,50 (quarenta e quatro reais e cinqüenta centavos) cada, acrescidas das pensões alimentícias dos meses vincendos (fls. 29-31 do processo de execução).*
>
> *E, embora a prisão civil do paciente tenha sido decretada em 13/05/2013 (f. 101-102), ou seja, há bastante tempo, fato é que o paciente foi internado no Hospital Regional desta Capital no dia 08/02/2014, e três dias depois submetido a uma cirurgia de extração de cálculos na vesícula biliar, consoante faz prova o laudo médico acostado às f. 13-14.*
>
> *Sendo assim, não me parece recomendável encaminhar o paciente, recém-operado, do nosocômio diretamente para o estabelecimento prisional, não apenas devido à superlotação carcerária já conhecida neste país, sobretudo aqui no Estado de Mato Grosso do Sul, mas, sobretudo, diante do seu debilitado estado de saúde, que inspira cuidados, o que sem sombra de dúvidas não terá no ergástulo.*
>
> *Por tais motivos, DEFIRO a liminar pleiteada, a fim de que seja expedido contramandado ou, caso tenha sido efetivada a prisão, alvará de soltura em favor do paciente Carlos Modesto de Oliveira, se por al não estiver preso, servindo o presente como mandado."*

Assim sendo, hei por bem manter o paciente fora do ergástulo até que possa recuperar plenamente o seu estado de saúde, cabendo à exequente e não ao juízo de instância inferior, como pretende a Procuradoria-Geral de Justiça, tal averiguação, renovando-se posteriormente o pedido de prisão até que sejam adimplidas as prestações vencidas e vincendas, mesmo porque a juíza já determinou a sua intimação para requerer o que de direito visando ao prosseguimento do feito, com posterior vistas ao MP.

Ante ao exposto, contrário ao parecer, concedo a ordem de habeas corpus ao paciente Carlos Modesto de Oliveira, revogando-se o decreto de prisão civil.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Devo divergir do e. relator por entender incabível a revogação da prisão civil em razão do estado de saúde do paciente.

O paciente é devedor de alimentos em favor de seus filhos, propôs acordo que envolvia o parcelamento da dívida, desonrou o entabulado e, bastante tempo após o descumprimento, foi internado para tratar de problemas na vesícula biliar.

A dívida, o descumprimento e a inexistência de justificativa para inadimplência são incontroversos.

Absolutamente inviável revogar-se a prisão civil do paciente unicamente porque o mesmo vem se recuperando de cirurgia, mormente quando se sabe que existem presos com diversas enfermidades que continuam no sistema carcerário, recebendo cuidados médicos do Estado.

Ainda mais insólito seria a parte exequente averiguar periodicamente as condições de saúde do paciente, para saber se o mesmo está em condições de permanecer no ergástulo. Se Carlos não se digna a adimplir a pensão alimentícia dos filhos, seria utópico conceber tal repasse de informações.

Ante o exposto, nego concessão ao pedido de *Habeas Corpus* em favor de Carlos Modesto de Oliveira.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, concederam a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

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, 27 de fevereiro de 2014.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0026066-92.2009.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator designado Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – ROUBO – UTILIZAÇÃO DAS MAJORANTES NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA – SÚMULA 443 DO STJ – PREVALÊNCIA DA DISSIDÊNCIA – EMBARGOS PROVIDOS.

O aumento de pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, sendo vedada, mesmo por via oblíqua, a exasperação pela mera indicação do número de majorantes incidentes. Súmula 443 do STJ.

Embargos providos, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, prover os Embargos Infringentes, nos termos do voto do 2º Vogal, vencido o Relator, o Revisor e o 5º Vogal, na forma regimental. Ausentes, por férias, os Desembargadores Manoel Mendes Carli e Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 27 de maio de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Benedito Motta Ricardo interpõe embargos infringentes e de nulidade objetivando a reforma do acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal (f. 379/389), que negou provimento a apelação antes interposta.

Pretende a prevalência do voto vencido do Des. Francisco Gerardo de Sousa, que dava parcial provimento ao recurso originário, por entender inviável a utilização de uma das majorantes para exasperar a pena-base e da outra para majorar a reprimenda na terceira fase da dosimetria, no caso de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e concurso de agentes (f. 397/404).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina não provimento (f. 409/413).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Benedito Motta Ricardo interpõe embargos infringentes e de nulidade objetivando a reforma do acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal (f. 379/389), que negou provimento a Apelação antes interposta.

Consta na denúncia que, aos 25 de maio de 2008, por volta das 02h06min, na Rua dos Cafezais n.º 1456, Jardim Macaúbas, em Campo Grande, juntamente com o menor Yago F. dos S., mediante violência exercida com arma de fogo, o acusado subtraiu 01 (uma) motocicleta CG/125/FAN, cor preta, placa HSV-7644, de propriedade da vítima *Chrystian Vilalba Antônio*.

No dia dos fatos, *Chrystian* se encontrava na frente da casa de sua namorada Talita quando foram abordados por acusados que se utilizaram de arma de fogo para anunciar o assalto dizendo: "*perdeu, perdeu, passa a chave da moto e sua carteira*", momento em que a vítima informou que a chave estava na ignição da moto e entregou sua carteira, sendo devolvida pelos acusados logo após constatar que não havia nenhum dinheiro no seu interior.

Benedito foi condenado a pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 93 (noventa e três) dias-multas pela prática do crime do art. 157, § 2 º, I e II do Código Penal.

No presente recurso, busca a prevalência do voto minoritário, que dava parcial provimento ao recurso de Apelação, por entender inviável a utilização de uma das majorantes para exasperar a pena-base e da outra para majorar a reprimenda na terceira fase da dosimetria, no caso de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes

Tal posicionamento não deve prevalecer.

Inicialmente, observa-se que a Súmula n.º 443, do Superior Tribunal de Justiça, preceitua 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.*"

Neste cenário, conclui-se que a presença de apenas uma causa de aumento é suficiente para a majoração no patamar mínimo, mas a constatação de várias não é o bastante para que o acréscimo seja maior.

Neste cenário, se o julgador adota apenas uma das majorantes como fundamento para o aumento da 3ª fase da dosimetria não há qualquer irregularidade na utilização de outros aspectos (que o legislador previu como causa de aumento) como fundamento da exasperação da pena-base.

Verifica-se que a pena-base observou os parâmetros exigidos pelo art. 59, do Código Penal, sendo negativadas as circunstâncias e as consequências do crime.

No caso em tela, o emprego de arma foi utilizado para exasperar a pena-base e o concurso de agentes fundamentou o aumento de 1/3 (um terço) na terceira fase de aplicação da pena.

O Superior Tribunal de Justiça corrobora este entendimento:

> *"HABEAS CORPUS – ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO – DOSIMETRIA DA PENA – PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES – UTILIZAÇÃO DE UMA PARA EXASPERAR A SANÇÃO, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – POSSIBILIDADE.*
>
> ***1. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, havendo mais de uma causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, do Código Penal, é lícito ao Magistrado utilizar uma delas na primeira etapa de fixação da pena, valorando-a como circunstância judicial desfavorável.***
>
> *2. Ordem denegada."* [1]
>
> *(Destaques não originais)*

1 STJ, HC 71.737/DF, 6ª T., rel. Min. OG FERNANDES, j. 28/09/2010, DJ 18/10/2010.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Benedito Motta Ricardo.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Revisor):

Acompanho o i. Relator que nega provimento ao presente recurso, a fim de que prevaleça o voto vencedor de minha relatoria, proferido nos seguintes termos:

> *"O relator dá parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena-base afastando a valoração negativa das circunstâncias e das consequências do crime.*
>
> *A revisora diverge sob o fundamento de que a valoração negativa das circunstâncias e consequências do delito deve ser mantida como na sentença.*
>
> *Pois bem. Acompanho em parte o relator para afastar a valoração negativa das consequências e, em parte a revisora para manter como desfavorável a moduladora das circunstâncias.*
>
> *Quanto às* ***consequências*** *do crime, no caso do crime de roubo, o prejuízo da vítima é inerente ao delito, de forma que não deve ser valorado como desfavorável.*
>
> *Nessa trilha, colaciono o seguinte julgado:*
>
> *"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS-ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. REDUÇÃO DA PENA-BASE.*
>
> *(...)* ***Da mesma maneira, o motivo apontado (busca pelo lucro fácil) e as consequências do delito (não recuperação da res furtiva) não podem ser considerados em desfavor do paciente, pois constituem elemento inerente ao tipo penal.*** *(...) (HC 87.710/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 29/08/2012)".*
>
> *Quanto à moduladora das* ***circunstâncias****, entendo que existindo duas majorantes no roubo, pode o sentenciante utilizar uma delas - concurso de agentes - como circunstância judicial do crime, majorando a pena-base na primeira fase do cálculo da reprimenda, valendo-se da outra - uso de arma - para caracterizar a causa de aumento na terceira fase da dosimetria.*
>
> *Neste sentido:*
>
> *"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ELEVAÇÃO MOTIVADA. QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O DELITO E DAS OUTRAS COMO CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS (AGRAVANTES). POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS ARTS. 59 E 68 DO CP E 5º, XLVI, E 93, XI, DA CF/88. COAÇÃO ILEGAL NÃO PATENTEADA.*
>
> *(...).*
>
> *3.* ***Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, havendo pluralidade de qualificadoras, é possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e das outras como circunstâncias negativas - agravantes, quando previstas legalmente, ou como circunstâncias judiciais, residualmente."*** *(HC 139.577/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 01/08/2012) – destaquei.*

Portanto, a dosimetria da pena fica da seguinte forma:

Na primeira fase, mantida como desfavorável as circunstâncias, fixo a pena-base do crime de roubo em 04 anos e 03 meses e 30 dias-multa.

Presente a agravante da reincidência, aumenta-se a pena em 06 meses e 10 dias-multa, ficando a pena intermediária em 04 anos e 09 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Na terceira fase, incide a causa de aumento da violência exercida com uso de arma de fogo, razão pela qual aumento a pena em 1/3, tornando-a definitiva em 06 anos e 04 meses de reclusão e 53 dias-multa.

O regime inicial deverá ser o fechado em razão da existência de circunstância judicial desfavorável e da reincidência.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena-base afastando a valoração negativa das consequências do crime."

Assim, acompanho o i. Relator para negar provimento aos presentes Embargos Infringentes.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (2º Vogal):

Rememorando. São Embargos Infringentes interpostos por Benedito Motta Ricardo contra acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal que negou provimento ao recurso de apelação.

Pretende a prevalência do voto vencido do Des. Francisco Gerardo de Souza que dava parcial provimento ao apelo, por entender inviável a utilização de uma das majorantes para exasperar a pena-base e da outra para majorar a reprimenda na terceira fase da dosimetria, no caso de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e concurso de agentes.

O e. Relator, Des. Carlos Eduardo Contar e o i. Revisor, Des. Dorival Moreira dos Santos negam provimento aos embargos infringentes.

Em que pese os fundamentos do voto condutor, vou divergir para dar provimento aos embargos infringentes para prevalecer o voto dissidente do Des. Francisco Gerardo de Souza com a seguinte fundamentação:

"Ab initio, em relação à pena-base, verifico que foi fixada mediante 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 não são maculos, embora apresente registros criminais e a única condenação definitiva, será utilizada na segunda fase da dosimetria (f. 152; 358-359); 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 da vítima, 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, 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; a vítima não contribuiu 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 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa.(...)."

Como se vê, para a exasperação da reprimenda na 1ª fase da dosimetria, influiram a valoração negativa das circunstâncias e das consequências do crime.

Pois bem.

No que diz respeito às consequências do crime, leciona Ricardo Augusto Schmitt que "devem ser aferidos o maior ou o menor dano causado pelo modo de agir, seja em relação à coletividade, seja em relação a vítima ou aos seus familiares" (Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p. 88).

Nessa esteira, analisando-se a fundamentação alinhada na sentença, tem-se realmente como inidônea, uma vez que a mera referência à perda (ou à não restituição) da res furtiva é resultado normal aos crimes contra o patrimônio, não acarretando qualquer desdobramento que ultrapasse o resultado típico da conduta.

(...)

Quanto às circunstâncias do crime, tidas por desabonadoras em razão do delito ter sido praticado em concurso de agentes, também não deve autorizar a exasperação da pena-base.

Note-se que o concurso de agentes configura a causa especial de aumento do inc. II do § 2º do art. 157 do Código Penal, e portanto deveria incidir somente na 3ª etapa da dosimetria.

Desse modo, como no caso em apreço restou configurada uma segunda causa especial de aumento para o crime de roubo, deveriam ambas concorrerem entre si, na forma no § único do art. 68 do Código Penal.

O desdobramento de causas especiais de aumento em circunstâncias judiciais negativas importa em direcionar o apenamento para fases distintas das quais originariamente se destinavam, podendo acarretar, nesse sentido, maior recrudescimento da reprimenda caso fosse observado o critério legal próprio.

(...)

Frente a tais considerações, procedo com a retificação da dosimetria.

Afasta a valoração negativa das circunstâncias e das consequências do delito, e considerando que as demais moduladoras não influiram para a exasperação da reprimenda, ou seja, foram tidas como favoráveis, fixo a pena-base, em conformidade com o art. 59 do Código Penal, no patamar de 04 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Presente a agravante da reincidência, que foi aplicada monocraticamente em 06 meses e 10 dias-multa, a pena intermediária será alçada ao patamar de 04 anos e 06 meses de reclusão e 20 dias-multa.

Na 3ª fase da dosimetria incide isoladamente a causa especial de aumento decorrente da violência exercida com emprego de arma de fogo (impende ressaltar que na sentença consta erro material, porquanto reconhecidas duas causas de aumento para o crime de roubo, a emérita julgadora monocrática deixou claro que a majorante prevista no inc. II do § 2º do art. 157 do Código Penal incidiria na 1ª fase da dosimetria, e não na 3ª, onde, logicamente, restaria a ser aplicada a majorante do inc. I do § 2º art. 157 do Código Penal) no patamar mínimo de 1/3, de modo que fixo a pena, definitivamente, em 06 anos de reclusão e 26 dias-multa, a razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos."

Com efeito, 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 somente na terceira fase da dosimetria da pena, na fração mínima de 1⁄3 (um terço) à máxima de 1⁄2 (metade).

Conforme o escólio de Guilherme de Souza Nucci: *faz parte da tradição a denominação de roubo qualificado às formas de subtração previstas no § 2º, embora sejam apenas causas de aumento da pena. A existência de uma qualificadora, como acontece no furto (§ 4.º do art. 155), seria suficiente para alterar a faixa de aplicação da pena, aumentando-se, concomitantemente, o mínimo e o máximo. No caso presente, impõe a lei somente um aumento, que pode variar de um terço até a metade"* (Código Penal Comentado, 9.ª ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 740).

De fato, existem precedentes jurisprudenciais, inclusive advindos do STJ, admitindo a possibilidade de utilizar-se majorante do crime de roubo para aumentar a pena-base.

Contudo, a jurisprudência daquela colenda corte evoluiu e consolidou-se no sentido de exigir fundamentação concreta para aumentar a pena na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes (Súmula 443).

Desta feita, ao utilizar uma majorante para exasperar a pena-base, na primeira fase de aplicação da reprimenda, e outra como causa de aumento, na terceira fase, a magistrada acabou por violar, por via oblíqua, o enunciado da Súmula 443 do STJ, pois se assim for feito, mesmo que incida a fração mínima de 1⁄3 sobre a pena-base exasperada, ao final da dosimetria, o incremento na pena, tão só em razão do número de majorantes, será superior à referida fração.

Nesse sentido há recentes precedentes advindos da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR, NO CASO, A CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. CONSIDERAÇÃO INDEVIDA DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA NA PRIMEIRA FASE DE FIXAÇÃO DA REPRIMENDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443/STJ. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE NO JULGAMENTO DO ERESP 1.154.752/RS. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. O magistrado sentenciante deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. 2. Não pode o julgador, inobservando o critério trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal, de forma desordenada e em fases aleatórias, majorar a pena-base fundando-se nos elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como na hipótese. 3. As causas de aumento do roubo - indevida e comumente chamadas de qualificadoras - não formam delito autônomo e não podem ser consideradas na primeira fase de fixação da reprimenda como circunstâncias do delito. As circunstâncias descritas no art. 59 do Código Penal, como especificado pela doutrina, correspondem a elementos acidentais, periféricos, que, de alguma forma, possam influir na dosagem da pena. Já as majorantes promovem um acréscimo na pena prevista para o tipo básico, estabelecido em valores fixos ou em certos limites quantitativos. 4. A utilização de majorante do crime de roubo para aumentar a pena-base, a título de*

circunstância judicial desfavorável, não se coaduna com a inteligência da Súmula n.º 443 deste Superior Tribunal de Justiça, pois eleva a pena de modo desproporcional, causando maior prejuízo ao condenado. 5. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp 1.154.752/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas. 6. Ordem de habeas corpus concedida para reduzir a pena-base ao mínimo legal e compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, fixando a pena privativa de liberdade do Paciente em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo." (HC 213.561/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012)

"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 132013/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 10/10/2011).

Conclui-se, portanto, que deve ser afastada a reprovação que recai sobre as circunstâncias do crime, tal consta no voto vencido.

Diante do exposto, contra o parecer, dou provimento aos embargos infringentes para prevalecer o voto dissidente da lavra do Des. Francisco Gerardo de Souza.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (3º Vogal)

Mantenho o voto que proferi por ocasião do julgamento da apelação criminal.

Com *permissa venia* transcrevo a parte pertinente a divergência ora tratada, *in verbis*:

"(...) Quanto às circunstâncias do crime, tidas por desabonadoras em razão do delito ter sido praticado em concurso de agentes, também não deve autorizar a exasperação da pena-base.

Note-se que o concurso de agentes configura a causa especial de aumento do inc. II do § 2º do art. 157 do Código Penal, e portanto deveria incidir somente na 3ª etapa da dosimetria.

Desse modo, como no caso em apreço restou configurada uma segunda causa especial de aumento para o crime de roubo, deveriam ambas concorrerem entre si, na forma no § único do art. 68 do Código Penal.

O desdobramento de causas especiais de aumento em circunstâncias judiciais negativas importa em direcionar o apenamento para fases distintas das quais originariamente se destinavam, podendo acarretar, nesse sentido, maior recrudescimento da reprimenda caso fosse observado o critério legal próprio.

A esse respeito, trago a colação de elucidativo trecho do voto proferido pela Exmo. Minª. Laurita Vaz quando do julgamento do habeas corpus n. 213561:

"(...) Contudo, tal entendimento, a meu ver, não se coaduna com a inteligência da Súmula n.º 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 penabase, 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) [...] (HC 213561/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012). (...)."

Destarte, divirjo respeitosamente do i. Relator para dar provimento aos infringentes.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (5º Vogal)

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (6º Vogal)

Acompanho o 2º vogal Des. Ruy C. B. Florence para dar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram os embargos infringentes, nos termos do voto do 2º vogal, vencido o relator, o revisor e o 5º vogal, na forma regimental. Ausentes, por férias, os desembargadores manoel mendes carli e maria isabel de matos rocha.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 27 de maio de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000868-98.2010.8.12.0104 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO MINISTERIAL – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E AMEAÇA – CONCURSO MATERIAL – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não tendo as vítimas comparecido em juízo para ratificar suas declarações e, sendo estas as únicas provas contra o acusado, a autoria não restou devidamente comprovada. Assim, havendo dúvida, a absolvição é medida que se impõe, em respeito ao princípio constitucional da presunção da inocência.

Recurso não provido.

Contra o parecer.

APELAÇÃO DEFENSIVA – DESACATO – ABSOLVIÇÃO CONCEDIDA – EMBRIAGUEZ – AUSÊNCIA DO DOLO ESPECÍFICO DE DESPRESTIGIAR FUNCIONÁRIO PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES – ATIPICIDADE DA CONDUTA – RECURSO PROVIDO.

A caracterização do crime de desacato exige a presença do elemento subjetivo especial, consistente na vontade consciente e deliberada de desprestigiar a função pública exercida pelo ofendido. Estando o acusado em estado de embriaguez, mesmo que voluntária, exclui-se a tipicidade da conduta, por incompatibilidade com o dolo específico exigido, porquanto a sua intenção de humilhar os policiais militares encontrava-se viciada.

Recurso 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, por maioria, prover o recurso de Marcos Alves, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal. Por unanimidade, não proveram o recurso do MP.

Campo Grande, 14 de abril de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

São Apelações Criminais interpostas pelo Ministério Público (p. 125-129) e Marcos Alves (p. 151-161) contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de Campo Grande, que condenou o segundo apelante à pena de 7 meses de detenção em regime semiaberto, pela prática do delito tipificado no artigo 331 do Código Penal (*desacato*), e o absolveu dos crimes previstos nos artigos 150 (*violação de domicílio*) e 147 (*ameaça*) em concurso material, todos do Código Penal.

Pede o *parquet* pela condenação do acusado aos crimes de violação de domicílio e ameaça.

A defesa, por sua vez, requer a absolvição quanto ao crime de desacato ou, alternativamente, a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Houve prequestionamento para manifestação a respeito dos artigos 331, 33, §4º e 44, §3º, todos do Código Penal.

As contrarrazões defensivas (p.142-149) e as da acusação (p. 182-188) são pelo não provimento dos correspondentes recursos adversos.

Em parecer lançado às p. 194-201, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso ministerial e pelo não provimento do apelo defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

São Apelações Criminais interpostas pelo Ministério Público e Marcos Alves contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de Campo Grande.

Marcos Alves foi denunciado com base nas seguintes asserções:

> *"(...) no dia 26 de abril de 2010, por volta das 18h e 05min, as vítimas Adriano Ruiz Cristaldo e Mônica Ivanhez Martinez estavam do lado de fora da residência situada na Rua Enchova, 265, Jd. Centro Oeste, nesta capital, quando o denunciado Marcos Alves, que discutia com pessoa não identificada, portando uma faca, pulou a janela da casa, entrou no imóvel, onde os dois últimos entraram em luta corporal.*
>
> *A pessoa não identificada conseguiu fugir das agressões do denunciado, e antes que este o seguisse, ameaçou as vítimas Adriano e Mônica dizendo-lhes 'vocês estão fudidos, vou pegar um por um', quando Adriano acionou a Polícia Militar, que compareceu ao local, e em diligências pelo bairro encontrou o denunciado dentro da residência de Edemar Mendes Rodrigues, que se escondia embaixo de uma cama.*
>
> *Quando o denunciado foi detido, desacatou a guarnição composta pelos PMs Roberto Ribeiro da Silva, Sidnei Miranda dos Santos e Wagner Fonseca, dizendo-lhes 'filhos da puta, seus cuzão, seus idiotas, desgraçados do caralho', sendo encaminhado à DEPAC." (p. 03).*

Encerrada a instrução criminal, sobreveio a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenando o acusado à pena de 7 meses de detenção em regime semiaberto, pela prática do delito tipificado no artigo 331 do Código Penal (*desacato*), e o absolvendo dos crimes previstos nos artigos 150 (*violação de domicílio*) e 147 (*ameaça*) em concurso material, ambos do Código Penal.

Tanto a acusação quanto a defesa se insurgiram contra a decisão.

O *parquet*, em suas razões recursais (p. 125-129), pede pela condenação do acusado pelos crimes de violação de domicílio e ameaça.

A defesa, por sua vez, requer (p. 151-161) a absolvição quanto ao delito de desacato ou, alternativamente, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Houve prequestionamento para manifestação a respeito dos artigos 331, 33, §4º e 44, §3º, todos do Código Penal.

As contrarrazões defensivas (p.142-149) e as da acusação (p. 182-188) são pelo não provimento dos correspondentes recursos adversos.

Em parecer lançado às p. 194-201, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso ministerial e pelo não provimento do apelo defensivo.

Somente a insurgência da defesa merece acolhimento.

Quanto aos delitos de ameaça e violação de domicílio, o acusado foi absolvido, haja vista que as únicas provas eram os depoimentos das vítimas perante a autoridade policial. Contudo, tais depoimentos não foram ratificados em juízo, uma vez que as supostas vítimas, Adriano Ruiz Cristaldo e Mônica Ivanhez Martinez, não compareceram na audiência, conforme o Termo de Assentada de p. 70 e 71.

Ademais, o réu negou a prática dos delitos e os policiais que foram até o local para atender a ocorrência não presenciaram os fatos pois, ao chegarem, o autor dos crimes já havia fugido.

Destarte, não havendo provas suficientes para comprovar que Marcos Alves foi o autor dos referidos crimes, é de rigor a manutenção do juízo absolutório quanto aos delitos de violação de domicílio e ameaça, nos termos do art. 386, VII, do CPP, em respeito ao princípio constitucional da *presunção de inocência*.

No tocante ao crime de desacato, sustenta a defesa que Marcos, no momento dos fatos, estava alterado devido ao uso de entorpecentes, e que, em razão disso, inexistiu a vontade consciente de humilhar ou desprestigiar os funcionários públicos no exercício de suas funções, estando ausente o elemento subjetivo especial do tipo penal do desacato, impondo-se a absolvição do recorrente pela atipicidade da conduta que praticou.

Assiste-lhe razão.

Leciona a corrente doutrinária, a qual perfilho, que *"a configuração do crime de desacato exige* ***elemento subjetivo especial*** *do injusto, consistente na vontade deliberada de desprestigiar a função pública exercida pelo ofendido, isto é, no propósito de depreciar a função pública exercida pelo sujeito passivo"* (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 7 ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 1260), sendo que *"****o agente deve estar consciente*** *da condição e da presença do funcionário",* predominando *"o entendimento de que* ***a exaltação (ou cólera) e a embriaguez excluem o elemento subjetivo****. Na doutrina tradicional é o 'dolo específico'"* (Delmanto, Celso. Código Penal Comentado – Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 331).

No caso, a alteração das faculdades mentais do apelante, pelo uso de psicotrópico, restou sobejamente confirmada, ao teor de seu interrogatório e do depoimento prestado pela testemunha Edmar Mendes Rodrigues.

Observe-se o que respondeu Marcos Alves em seu interrogatório em juízo, às p. 82-84:

> *"(...) RÉU: No momento eu não estava com a faca na mão. Eu corri atrás dele...*
>
> *JUIZ: Dele quem?*

RÉU: Atrás de um outro lá, o outro, eu não tenho, eu não recordo o nome dele na mente. ***Nós estávamos bebendo né, e fumando uma droga****, onde que nós entramos em discussão ali por causa que ele não devolver o meu dinheiro, que ele oi comprar droga e não veio com o meu dinheiro,. Aí ele veio dar satisfação para mim, onde que nós entramos em uma discussão. Aí ele correu para dentro da casa dessa Mônica e eu corri atrás dele, aí onde que ele entrou pela janela e saiu pela outra. Aí os filhos dessa Mônica vieram me interferir , me segurar para mim não fazer aquilo, que era para correr atrás do menino. Vieram me segurar mais porque eu entrei em luta com ele.*

(...)

JUIZ: O dono da otura casa, onde o senhor entrou embaixo da cama, o senhor ameaçou ele?

RÉU: Não.

JUIZ: Não?

RÉU: Que eu me lembre, não.

JUIZ: Mas o senhor disse que não se lembra, o senhor pode ter ameaçado ele?

RÉU: Por que eu estava transpassado de...

JUIZ: Tá. O senhor xingou os policiais?

RÉU: Os policiais, eu não me lembro também.

JUIZ: Não se lembra? Tá. O senhor está arrependido?

RÉU: Se eu falar para o senhor que eu estou arrependido, já tá feito né, mas eu me arrependo sim de ter causado dano...

JUIZ: TÁ. O senhor é usuário de droga?

RÉU: Sou usuário.

(...)

DEFESA: O filho da Dona Mônica também estava junto com vocês?

RÉU: Estava, ele estava, bem antes de acontecer o fato ele estava sim.

DEFESA: Estava junto com vocês. E vocês tinham usado droga também, além de bebida, aquele dia?

RÉU: Ele, da parte dele não.

DEFESA: Você?

RÉU: Da minha parte e da parte do Corumbá sim.*" (destaquei).*

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha Edmar Mendes Rodrigues, às p. 73-74, veja-se:

"(...) MP: Tá. Aí essa pessoa foi presa dentro da casa do senhor?

DEPOENTE: Exato. Aí e que a minha filha foi até a porta do quarto e viu ele embaixo da cama, falou: "Pai, pai ele está aqui dentro.". Aí (initeligível) desespero...

MP: Tá. Ele estava armado?

DEPOENTE: Eu não vi arma com ele, o que a gente...

MP: Tá. Ele estava normal ou estava bêbado ou drogado?

DEPOENTE: Ah ele estava, pela fisionomia dele, ele estava bem drogado, que no que os policiais tentaram colocar ele na viatura ele deu o maior trabalho viu.

MP: Tá. E ele xingou os policiais?

DEPOENTE: Bastante, xingou bastante os policiais, esperneava na viatura, e dava soco e ponta pé (...)" (destaquei).

Vislumbro, por conseguinte, que não estava presente o elemento subjetivo do tipo penal de desacato, que é, além da vontade deliberada de ofender o agente público, a especial intenção de desprestigiar a função por ele exercida, de menosprezar o trabalho desempenhado pelo agente público, humilhando-o. Daí que, em determinadas circunstâncias, como nos casos de extrema exaltação, de indignação ou mesmo de embriaguez importante, podem ocorrer ofensas desprovidas desse elemento subjetivo especial.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. RESISTÊNCIA. DESACATO. TESTE DO BAFÔMETRO. (...). 3. No delito de desacato também é necessário o dolo específico com a finalidade de estar o agente a desprestigiar a função pública do ofendido. O agente deve estar consciente da condição e da presença do funcionário. Predomina o entendimento de que a exaltação, ou a ira, bem como a embriaguez, excluem o elemento subjetivo. 4. Mantida a condenação pelo delito de embriaguez ao volante. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA." (Apelação Crime Nº 70048400196, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 28/06/2012)

"DESACATO E DANO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO CONFIRMADA. 1. O delito de desacato não se configura quando a acusada estava abalada emocionalmente em face da prisão de seu companheiro, cuja reação veio hiperdimensionada pela ingestão de álcool. O crime de desacato só se perfaz se a conduta for praticada sem que o agente se encontre exaltado e se comporte de maneira irracional, o que exclui o dolo. 2. O crime de dano exige o elemento subjetivo do dolo - animus nocendi -, ou seja, a vontade deliberada de causar prejuízo patrimonial, o que não se vislumbra na espécie, em que a ré teria arrebentado um fio do microfone da viatura com os pés. Sua embriaguez confunde a idéia clara de dolo. RECURSO IMPROVIDO" (Apelação Crime Nº 70039022769, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 10/11/2010)

"PENAL E PROCESSO PENAL - CRIMES DE DESACATO E RESISTÊNCIA - PROVA DO FATO DELITUOSO - EMBRIAGUEZ - ELEMENTO SUBJETIVO - ABSOLVIÇÃO VIABILIDADE. ***Para a caracterização do delito de desacato, imprescindível o dolo específico, por parte do agente, definido como a intenção ultrajante, o propósito de depreciar ou vexar o funcionário público, não podendo ser assim consideradas meras expressões impensadas de raiva, proferidas no calor de uma discussão, alavancada pelo estado de embriaguez do agente.*** *A simples resistência passiva contra ato de policial*

militar diante de voz de prisão não tipifica o delito de resistência, sendo indispensável que o agente utilize-se de violência para se opor à ordem emanada da autoridade. Recurso a que se nega provimento." (Apelação Criminal n° 000.265.696-5/00, 1ª Câmara Criminal do TJMG, São Sebastião do Paraíso, Rel. Des. Tibagy Salles. j. 04.06.2002, un.).

Diante do exposto, nego provimento ao apelo ministerial e dou provimento ao recurso defensivo para absolver Marcos Alves do crime de desacato por falta de dolo específico, sendo atípica a conduta.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1º Vogal):

Acompanho o relator para negar provimento ao recurso ministerial e dar provimento ao recurso defensivo.

O Sr. Des.Carlos Eduardo Contar (2º Vogal):

Permito-me dissentir do i. relator quanto a absolvição pelo crime de desacato.

Isso por que *"para a consumação do crime de desacato, previsto no artigo 311, do Código Penal, não é exigido do agente qualquer elemento subjetivo específico, bastando a demonstração do dolo em atentar contra o prestígio da função pública"* [1].

Aliás, como já decidido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, sequer a exaltação de ânimo do acusado é capaz de elidir a figura típica, colhendo-se a respeito:

"No crime de desacato, o elemento subjetivo do tipo é a vontade livre e consciente de agir com a finalidade de desprestigiar a função pública do ofendido (STF - HC 83.233, Rel. Ministro Nelson Jobim), sendo, portanto, "dispensável a exigência de ânimo calmo para incidência da figura típica do crime de desacato, não excluída pelo estado de exaltação ou cólera do agente" (TJDFT - Ap 2007.09.1.007848-8, Rel. Juiz Alfeu Machado, 2ª TRJE/DF)."

Destarte, a condenação deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público Estadual e Marcos Alves.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram o recurso de marcos alves, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal. Por unanimidade, não proveram o recurso do MP.

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, 14 de abril de 2014.

***

1 TJDF, Rec 2009.03.1.025468-4, 1ª T. Crim., rel. Des. ROMÃO C. OLIVEIRA, DJ 18/06/2013, p. 341.

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0006946-66.2010.8.12.0021 – Três Lagoas
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTOS QUALIFICADOS, EM CONTINUIDADE DELITIVA, POR ESCALADA E ARROMBAMENTO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO SUFICIENTE PARA AS QUALIFICADORAS – DESCLASSIFICAÇÃO – RES FURTIVAS DE VALOR INEXPRESSIVOS – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO EFETIVO AO PATRIMÔNIO DAS VÍTIMAS – OBJETOS DEVOLVIDOS – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ABSOLVIÇÃO PELA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO PROVIDO.

A ausência de provas concretas sobre as qualificadoras de arrombamento e escalada dirigidas às condutas do réu impõem a desclassificação das imputações de furtos qualificados para simples.

O Direito Penal só deve intervir e impor sanções quando houver absoluta necessidade, ou seja, nos casos em que a ofensa ao bem jurídico protegido, o qual deve ser relevante e essencial, for intolerável, com prejuízo efetivo à vítima, e, mesmo assim, depois de esgotados todos os meios não-penais de proteção.

Os critérios que orientam o princípio da insignificância são somente os do desvalor do resultado e do desvalor da conduta, e nada mais.

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, 28 de abril de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Roberto de Souza Silva interpõe recurso de apelação contra sentença proferida no Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Três Lagoas que o condenou pela prática dos crimes de furto qualificado rompimento de obstáculo e furto qualificado pela escalada, em crime continuado, ambos privilegiados, às penas de 1 ano, 6 meses e 8 dias de reclusão, em regime inicial aberto e 12 dias-multa, no valor mínimo, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

Sustenta a ausência de qualificadoras pela precariedade do laudo pericial constante dos autos, que foi inconclusivo.

Busca ainda, a aplicação do princípio da bagatela, porque, conforme assentado em alegações finais, a res furtiva atinge o patamar de R$ 200,00, o que inviabiliza a condenação do recorrente da da a inexpressão financeira do material subtraído.

Subsidiariamente pleiteia a aplicação do sursis processual, após a desclassificação da modalidade qualificada pra a simples.

Pugna também pela aplicação das benesses previstas no § 2º, do art. 155, do CP, referente ao furto privilegiado.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 139-148).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo improvimento do recurso (p. 153-159).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Roberto de Souza Silva contra sentença proferida no Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Três Lagoas que o condenou pela prática dos crimes de furto qualificado rompimento de obstáculo e furto qualificado pela escalada, em crime continuado, ambos privilegiados, às penas de 1 ano, 6 meses e 8 dias de reclusão, em regime inicial aberto e 12 dias-multa, no valor mínimo, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

Sustenta a ausência de qualificadoras pela precariedade do laudo pericial constante dos autos, que foi inconclusivo.

Busca ainda, a aplicação do princípio da bagatela, porque, conforme assentado em alegações finais, a res furtiva atinge o patamar de R$ 200,00, o que inviabiliza a condenação do recorrente da da a inexpressão financeira do material subtraído.

Subsidiariamente pleiteia a aplicação do sursis processual, após a desclassificação da modalidade qualificada pra a simples.

Pugna também pela aplicação das benesses previstas no § 2º, do art. 155, do CP, referente ao furto privilegiado.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 139-148).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo improvimento do recurso (p. 153-159).

O recurso deve prosperar para que sejam desclassificadas as imputações e absolvido o réu pelo princípio da insignificância.

A sentença acolheu parcialmente o pedido condenatório, reconhecendo a autoria e materialidade delitiva da prática de dois furtos pelo réu, em continuidade delitiva, no dia 31.7.2010, um qualificado pela escalada, por ter subtraído 20 hastes de cerca elétrica, e outro qualificado por rompimento de obstáculo, pela subtração de 10 metros de fio elétrico de dez milímetros.

Pois bem, o próprio magistrado na sentença (f. 117) reconheceu que não poderia ser admitida a avaliação dos bens furtados em R$ 700,00 as hastes e R$ 15,00 os fios elétricos, adotando a quantia estimada pelo policial militar no seu depoimento de p. 97, em aproximados R$ 80,00 ou R$ 90,00, reconhecendo por isso a causa de diminuição prevista no § 2º, do art. 155, do CP, referente ao furto privilegiado, por ser o réu primário e de pequeno valor os bens subtraídos.

O Juízo singular, entretanto, deixou de aplicar o princípio da insignificância fundamentando que *"não há que se falar em aplicação do princípio se o furto recai sobre bens passíveis de negociação comercial, independentemente do seu valor de mercado, como aconteceu no presente caso, o que implica dizer que a subtração representa relevância jurídica, dada sua repercussão, ainda que pequena, no patrimônio da vítima" (f. 117).*

Ocorre que na hipótese não vislumbro nenhuma repercussão ou relevância jurídica que justifique a intervenção penal no caso, com desdobramentos para execução da pena.

A doutrina compatível com o Estado Democrático de Direito leciona que o Direito Penal só deve intervir e impor sanções quando houver absoluta necessidade, ou seja, nos casos em que a ofensa ao bem jurídico protegido, o qual deve ser relevante e essencial, for intolerável e, mesmo assim, depois de esgotados todos os meios não-penais de proteção.

Nesse sentido já manifestei por diversas vezes na presente Câmara Criminal (Cf. TJ-MS - ACR: 13798 MS 2012.013798-8, Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Data de Julgamento: 16/07/2012, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 09/08/2012, TJ-MS - APR: 16507 MS 2012.016507-3, Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Data de Julgamento: 09/07/2012, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/07/2012, dentre outros).

Isso ainda que o delito seja qualificado por rompimento de obstáculo, pois eventuais danos causados devem ser cobrados na esfera cível, ou mesmo pela escalada, sendo irrelevante quando o objeto do delito não tem valor económico relevante.

Além disso, na hipótese os delitos devem ser mesmo desclassificados, porquanto além do arrombamento não ter causado prejuízo de grande monta, conforme laudo pericial de f. 41-44, o réu afirmou que a caixa de energia já se encontrava arrombada, e que somente subtraiu os fios (f. 11) e a acusação não logrou êxito em comprovar que seria ele quem efetuou o referido arrombamento.

Outrossim, o outro furto nem sequer chegou a ser notado pela vítima ou mesmo constatado com firmeza no laudo pericial de f. 35-39, que apenas presumiu a escalada, *"devido não terem elementos de ordem objetiva remanescentes"* no local.

Frise-se que todos os objetos foram devolvidos às vítimas (f. 25-26), sendo que uma delas ainda afirmou em juízo que não tinha sequer notado a falta dos bens, que somente veio a saber da subtração depois que os policiais tocaram campanhia em sua residência e a devolveram seus pertences (f. 95), enquanto a outra vítima foi subraído em uma construção, que nem era utilizada ainda para residência, não apresentando interesse na persecução criminal, tanto que não compareceu em juízo para prestar depoimento.

Assim, é claro que a preenchidos todos os critérios apontados pelo Supremo Tribunal Federal para se reconhecer a atipicidade das condutas pelo princípio da insiginificância, quais sejam: "*(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* (STF - HC nº 93.453 - Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJe. 02.10.2009. p. 133)".

É que "*para que se dê a incidência da norma penal não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo em causa. Necessário que a vítima experimente efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. (...) Pena de se provocar a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente*

tutelar. (...) Desfalque praticamente nulo ao patrimônio da suposta vítima, que, por isso mesmo, nenhum sentimento de impunidade experimentará com o reconhecimento da atipicidade da conduta do agente." (STF - HC nº 92411/RS - Rel. Min. Carlos Ayres Britto, 1ª Turma. DJe. 09/05/2008).

Frise-se, que o fundamento do princípio em comento se subsume também na ideia de proporcionalidade, que deve guardar relação à gravidade do delito praticado e o grau de lesividade do bem jurídico tutelado.

Conforme já advertiu o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, *"o direito penal não deve se ocupar com insignificâncias"* (Apelação Crime Nº 70029961182, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 03/06/2009).

Por fim, ressalto que o réu é primário, e confessou a subtração na fase extrajudicial justificando porque estava passando necessidade e gostaria de vender os bens para comprar bolachas.

Logo, desatendido o princípio da ofensividade, resta afastada a tipicidade da conduta delitiva, impondo-se a absolvição.

Diante do exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso de Roberto de Souza Silva a fim de desclassificar as imputações para furtos simples e absolvê-lo por atipicidade da conduta, diante da aplicação do princípio da insignificância.

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. 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, 28 de abril de 2014.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



MS realiza primeira audiência por videoconferência com outro estado - 27/03/2014



Foi realizada no dia 21 de março a primeira audiência por videoconferência de um réu que está em comarca do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul com juiz de outro estado da federação. A carta precatória da 40ª Vara Criminal do Rio de Janeiro foi enviada para a Comarca de Três Lagoas e, após uma semana para acertos, o réu, preso em MS, participou da audiência do processo de tráfico de drogas o qual responde na comarca carioca.

A realização de audiências por meio de videoconferência já não é prática nova no judiciário sul-mato-grossense. Desde março de 2013, a Vara da Auditoria Militar, situada em Campo Grande, faz uso dos equipamentos de videoaudiência para os casos de cumprimento de carta precatória.

A carta precatória é utilizada toda vez que uma testemunha, réu ou determinada diligência precisa ser realizada em comarca distinta de onde o processo tramita. Por meio dela, o juiz solicita a um magistrado de outra comarca que, por exemplo, realize a oitiva de testemunhas. Como o procedimento é muito burocrático, o que significa que, desde a solicitação até o retorno, são meses de espera. Com a videoconferência, além do ganho em agilidade no trâmite processual, a audiência é realizada pelo próprio juiz do caso e evita o trabalho do magistrado de outra comarca.

Hoje existem terminais de videoconferência instalados em 15 comarcas de Mato Grosso do Sul, mas há a possibilidade de se instalar um software de videoconferência e usar uma webcam comum para o procedimento.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

PAJUS: Projeto piloto em Dois Irmãos já beneficia municípios de MS - 28/03/2014



O Tribunal de Justiça deu início a um projeto que irá beneficiar os municípios de Mato Grosso do Sul que não possuem comarca instalada. No Posto Avançado da Justiça (PAJUS), os cidadãos poderão registrar ações de até 20 salários mínimos junto ao Juizado Especial da comarca a qual o município estiver vinculado. O jurisdicionado poderá ainda participar de audiências cíveis e criminais, tudo à distância, com utilização de sistema de videoconferência.

Na terça-feira (25) foi dado o passo inicial ao projeto em Dois Irmãos do Buriti. Apesar de não ser comarca, foram realizadas duas audiências com réus presos no presídio do município que respondem a processos, um na Comarca de Três Lagoas e outro em uma comarca do estado de São Paulo. Na ocasião, as oitivas ocorreram por meio de videoconferência com o juiz titular da Vara Criminal da Comarca de Aquidauana, Giuliano Máximo Martins.

Para o magistrado, a videoconferência foi um sucesso e o PAJUS irá gerar economia do Estado com escoltas e benefício à população de localidades onde não exista Comarca, como Dois Irmãos do Buriti, que não precisarão se deslocar até a Comarca vizinha. "As gravações ficaram ótimas, como se estivessem sendo realizadas pessoalmente. A videoconferência tem como vantagem a agilidade do Poder Judiciário na oitiva das testemunhas ou partes, até porque, se houver a expansão para todas as Varas e Comarcas do Estado, não mais será necessária a expedição de carta precatória, bastando a testemunha ser intimada no Juízo Deprecado para comparecer, desde que tenha o sistema".

As audiências por videoconferência são possíveis pela integração do sistema de videoconferência do Tribunal com o Sistema de Automação da Justiça (SAJ), permitindo a gravação das audiências. Desde o ano passado, este sistema está disponível em todas as comarcas de MS.

PAJUS – O Poder Judiciário pretende implantar o Posto Avançado da Justiça em todos os 27 municípios de MS que não possuem comarca instalada. Para o presidente do TJ, Des. Joenildo de Sousa Chaves, a medida se faz necessária para aproximar cada vez mais a população da justiça, facilitando o acesso a todos os sul-mato-grossenses. "Com o PAJUS, os jurisdicionados destes municípios terão a oportunidade de buscar seus direitos sem a necessidade de se deslocar à cidade vizinha", destacou Joenildo.

Os Postos Avançados serão instalados por meio de convênios entre o Tribunal de Justiça e os municípios. Pela parceria, o Judiciário irá fornecer um equipamento de videoconferência e computadores para a realização de conversação e atendimento dos serviços, além da infraestrutura e capacitação de pessoal para a realização das audiências. Caberá aos municípios disponibilizar e manter o local adequado para abrigar o projeto, fornecer um servidor e um estagiário/mirim durante o expediente forense, além de fornecer uma televisão para servir de tela ao sistema de videoconferência.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Congresso sobre Infância e Juventude começa hoje na Capital - 02/04/2014

Começa nesta quarta-feira (2), às 19 horas, no Centro de Convenções Arquiteto Rubens Gil de Camillo, o IV Congresso Nacional dos Defensores Públicos da Infância e Juventude.

Realizado em parceria com o Tribunal de Justiça, por meio da Escola Judicial de MS (Ejud-MS), o evento terminará dia 4, com a participação de renomados palestrantes, além de defensores de todo o país.

Haverá debates, apresentação de teses e apresentação de experiências exitosas, mesas de discussões que pontuarão estratégias, avanços e ações para o enfrentamento de problemas que violam os direitos de crianças e adolescentes do Brasil.

Os participantes debaterão temas como A Evolução Normativa do Direito da Criança e do Adolescente; Construção dos Vínculos na Família Adotiva; Impactos e Desdobramentos da Carta de Constituição de Estratégias em Defesa da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente; Implementação do Sinase: Avanços e Desafios; Justiça Restaurativa; A Importância do Registro Civil e a Erradicação do Sub-registro Infantil da População Indígena; Proteção de Crianças e Adolescentes contra Abusos e Negligências; Aspectos Polêmicos da Redução da Maioridade Penal.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

TJMS é o 2º tribunal estadual mais eficiente do país - 14/04/2014



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul é o segundo mais eficiente do país de acordo com o Índice de Desempenho da Justiça (IDJus), conforme relatório apresentado na última segunda-feira (7). Elaborada pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), a pesquisa é um indicador sistemático sobre a gestão dos tribunais brasileiros. O objetivo do IDJus é permitir a mensuração das diferenças de produtividade entre os segmentos do Judiciário para auxiliar na melhor utilização dos recursos.

Para apurar essas informações foram elaborados indicadores capazes de mensurar o sistema, levando em consideração três dimensões básicas da administração judiciária: gestão orçamentária, gestão de recursos (humanos e tecnológicos) e gestão de processos. Essas dimensões foram subdivididas em sete categorias com um total de 23 indicadores de desempenho.

Em 2012, o IDJus da Justiça Estadual foi de 49,5. Dos 27 tribunais estaduais analisados, apenas 12 apresentaram índices acima dessa média. Entre eles, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que obteve 58,4, sendo o 2º mais eficiente do Brasil, atrás apenas do TJRS. Em terceiro lugar vem o TJRJ com 58,0.

O TJMS demonstrou crescimento de 0,8 no período entre 2011 e 2012, com índices de desempenho de 57,6 e 58,4, respectivamente.

Em 2012, o IDJus Brasil 2012 (referente ao trabalho de todos os tribunais do país, incluídas as Justiças Estadual, Federal e do Trabalho) é de 53,9, o que mostra que a justiça brasileira apresenta um crescimento gradual, já que nos anos de 2010 e 2011 o índice de desempenho no país foi de 52,0 e 52,6, respectivamente.

O IDJus mede o grau de desenvolvimento da Justiça inspirado no IDH das Nações Unidas. A equipe que mediu o índice de desempenho foi formada por juristas e acadêmicos, que consideraram temas como despesas, receitas, transferências, recursos humanos, tecnologia, litigiosidade e produtividade.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Marcelo Câmara Rasslan é empossado desembargador do TJMS - 30/04/2014



Sob os olhares de um plenário repleto de autoridades, amigos e parentes, o juiz Marcelo Câmara Rasslan tomou posse na tarde desta quarta-feira (30) no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

A cerimônia teve a apresentação da soprano Clarice Maciel de Sousa Chaves e do Coral do TJMS, que foi regido pelo maestro Nillo Cunha e especialmente pelo maestro convidado Manuel Câmara Rasslan, irmão do novo desembargador.

Para prestar seu compromisso legal como desembargador, Marcelo Câmara Rasslan foi conduzido ao plenário pelos desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Eduardo Machado Rocha, o mais antigo e o mais novo membros do Tribunal, respectivamente.

Após a leitura do termo de posse, o presidente do Tribunal de Justiça, Des. Joenildo de Sousa Chaves, convidou a neta do empossando, Angelita Rasslan, esposa, pai e filha do empossando para entregarem a toga ao mais novo membro do TJMS.

Em nome dos magistrados de Mato Grosso do Sul, o presidente da Amamsul, juiz Wilson Leite Corrêa, saudou o novo desembargador: "Caro colega Marcelo Câmara Rasslan, os magistrados deste Estado desejam sucesso e felicidade nessa nova etapa de sua carreira. Que Deus, o criador de todas as coisas, continue iluminando suas decisões e seus passos. Mantenha suas convicções; não se olvide da simplicidade, da lealdade e da correção que sempre nortearam sua vida; siga aquilo que Confúcio ensinou em tempos remotos: ''A humildade é a única base sólida de todas as virtudes''".

Em nome dos advogados sul-mato-grossenses, o presidente da OAB/MS, Júlio Cézar Souza Rodrigues, ressaltou a reputação ilibada do novo magistrado de 2º grau. "Vossa Excelência ascende a mais um alto patamar em sua vida por conta do mérito que carrega, da capacidade que desenvolveu em sua trajetória profissional e, sobretudo, pela intrínseca qualidade que distingue a grandeza de um magistrado".

Pelo Ministério Público, o procurador-geral de justiça, Humberto de Matos Brittes, cumprimentou o desembargador pelo caminho trilhado e citou Nélson Hungria Hoffbauer, um dois mais importantes penalistas brasileiros. “A teoria do direito é aprendida nos livros, mas o senso de justiça é virtude inconcebível sem o bom-senso, sem a normal intuição que permite atinar, no exame dos casos concretos ou no deslinde das controvérsias, onde está ou com quem está o direito”.

A corregedora-geral do TJMS, Desa. Tânia Garcia de Freitas Borges, em nome do Tribunal de Justiça, deu as boas vindas ao novo colega, destacando qualidades do Des. Rasslan. “A personalidade vibrante, a disposição para o trabalho e a vasta experiência profissional de Vossa Excelência contribuirão com as decisões colegiadas deste Tribunal, a exemplo do que fizera seu ilustre antecessor”.

Em seu discurso, o Des. Marcelo Rasslan agradeceu a presença de todos os presentes e a toda sua família pelos exemplos de dignidade e retidão que teve em sua infância. O desembargador também lembrou toda sua trajetória no Judiciário sul-mato-grossense, iniciada 26 anos atrás, quando foi designado para atuar em Costa Rica. Nesse momento, agradeceu a acolhida do também desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso, à época juiz diretor do foro para onde foi designado após sua posse na magistratura. Com gratidão, mencionou alguns dos servidores com quem trabalhou. “E registro, mais uma vez, que tudo que sou, por pouco que seja, é fruto da minha convivência com gente. Com gente da melhor qualidade...”.

A cerimônia de posse foi prestigiada por desembargadores aposentados, juízes, autoridades civis e militares, amigos e familiares.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Justiça Compartilhada: Entrevista com o Des. Marcelo Câmara Rasslan - 01/05/2014



Nesta quinta-feira (01/05), o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul apresenta mais uma edição do Justiça Compartilhada, um programa de entrevista com os principais personagens do meio jurídico, como magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, advogados, entre outros, produzido para as redes sociais e que será transmitido pela TV Assembleia.

O entrevistado desta edição é o mais novo membro do Tribunal de Justiça, Des. Marcelo Câmara Rasslan, empossado no final da tarde de quarta-feira (30/04), que fala sobre os desafios e perspectivas no novo cargo.

O vídeo também está disponível no Youtube do TJMS (http://www.youtube.com/user/TJMSJornalismo).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Dois Irmãos é o 1º município de MS com o Posto Avançado da Justiça - 16/05/2014



A efetivação de um projeto inédito em todo o país pelo Tribunal de Justiça colocou o judiciário sul-mato-grossense novamente em uma posição de vanguarda. Nesta sexta-feira (16/05), o TJMS instalou em Dois Irmãos do Buriti o Posto Avançado da Justiça (Pajus).

A instalação deste ambicioso projeto, em parceria com o Executivo municipal, visa aproximar a justiça do cidadão e disponibilizar a prestação jurisdicional nos municípios que não possuem comarca instalada. Até outubro, mais 26 postos avançados serão instalados e isso significa que, com as 52 comarcas existentes, 100% dos municípios serão alcançados.

Na solenidade de instalação, o presidente do TJ, Des. Joenildo de Sousa Chaves, lembrou que o Pajus é uma forma eficiente de levar a justiça até o cidadão, com custos reduzidos. A vantagem é que teremos os mesmos trabalhos e o cidadão poderá resolver seus problemas, encaminhar sua ação, para as audiências não serão mais necessários deslocamentos o que era nosso grande problema, comentou.

Questionado se a instalação do Pajus é mais um compromisso cumprido da administração, o presidente do TJMS respondeu: A intenção da administração jamais foi desativar comarca e o Pajus é uma prova de que estamos preocupados em proporcionar justiça a todos. Tivemos que desativar as comarcas de Angélica e Dois Irmãos do Buriti, por isso estamos iniciando aqui e vamos estender a mais 26 municípios.

Diretor do Foro da Comarca de Aquidauana, o juiz Fernando Chemin Cury garantiu que as expectativas quanto ao atendimento da população pelo Pajus são as melhores possíveis. Com o avanço da tecnologia e o dinamismo da administração do TJMS, o temor que havia de deixarmos a população de Dois Irmãos do Buriti desassistida se mostrou infundado. As audiências criminais já estão sendo realizadas e as cíveis começam em junho. Os cidadãos que não têm condição de se deslocar até Aquidauana para as audiências farão isso em Dois Irmãos do Buriti por videoconferência, em tempo real, em conversa conosco. Tenho certeza que será um sucesso.

Sobre a parceria com o Poder Judiciário, o prefeito Wlademir Souza Wolk explicou que encampou a proposta do Judiciário por entender que é muito importante para a sociedade. A ausência do Fórum nos

deixou preocupados quanto ao atendimento à população e a instalação do Pajus nos pareceu a solução do problema. Estamos muito felizes por ser o primeiro município a ter o posto avançado instalado.

Saiba mais - Por meio do Provimento nº 317, o TJMS criou o programa de instalação de Postos Avançados da Justiça de MS (Pajus), que objetiva a ativação de postos de atendimento do Poder Judiciário em distritos judiciários, comarcas não instaladas ou desativadas, permitindo que os jurisdicionados destes municípios busquem seus direitos sem a necessidade de se deslocar até a cidade vizinha.

No Pajus, os cidadãos poderão registrar ações de até 20 salários mínimos junto ao Juizado Especial da comarca a qual o município estiver vinculado. O jurisdicionado poderá ainda participar de audiências cíveis e criminais, tudo à distância, com utilização de sistema de videoconferência.

As audiências por videoconferência são possíveis pela integração do sistema de videoconferência do Tribunal com o Sistema de Automação da Justiça (SAJ), permitindo a gravação das audiências. Desde o ano passado, este sistema está disponível em todas as comarcas de MS.

Os Postos Avançados serão instalados por meio de convênios entre o Tribunal de Justiça e os municípios.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Des. Josué de Oliveira deixa o Tribunal de Justiça - 21/05/2014



Discreto, gentil e correto, o Des. Josué de Oliveira participou hoje (21) pela última vez da sessão do Tribunal Pleno.

Paulista de Pereira Barreto, ele é casado e formado em Direito, em 1975, pela Faculdade Integrada de Uberaba (MG). Ingressou na magistratura de MS em 1980, na Comarca de Maracaju. Dois anos depois, foi promovido para a Vara Criminal de Ponta Porã.

Por duas vezes, a pedido, foi removido: em 1983, para a 1ª Vara Cível de Ponta Porã e, em 1985, para a 2ª Vara Cível de Dourados. Dois anos mais tarde, foi promovido para a 3ª Vara Cível de Campo Grande, comarca de entrância especial.

Em 1991, foi promovido ao cargo de desembargador do Tribunal de Justiça. Exerceu o cargo de Corregedor-Geral de Justiça nos biênios 2001/2002 e 2009/2010.

Com os olhos tristes de quem é obrigado a deixar sua verdadeira paixão, a magistratura, o Des. Josué não esconde o sentimento de dever cumprido. Considerado exemplo por alguns desembargadores e juízes, em sua discrição, ele jamais se deixou alcançar pelo reconhecimento e sempre deu o melhor de si na carreira.

Durante a despedida, houve várias manifestações de carinho. A primeira a falar foi a juíza Elizabete Anache, 1ª vice-presidente da Associação dos Magistrados de MS (AMAMSUL). Em nome do presidente da AMAMSUL, juiz Wilson Leite Corrêa, e dos associados, ela citou a conduta do desembargador que conquistou a magistratura pelo exemplo e referencial de homem público por sua integridade, correção e seriedade.

"O que se espera de um magistrado é que ele tenha virtudes para enfrentar com coragem os desafios da carreira; espera-se que tenha inteligência, ética, honradez, cultura jurídica e humanística. Nenhuma dessas virtudes falta ao Des. Josué de Oliveira, que abraçou e honrou a causa da justiça com dignidade e

retidão. Sua postura como magistrado será sempre exaltada e seguida, suas decisões serão sempre referência para todos nós, e sua passagem pelo Judiciário de MS nunca será olvidada. E hoje, quando todo o Poder Judiciário atravessa um momento de perplexidade em relação a diversos temas, a sua conduta sábia e equilibrada nos fará muita falta no dia a dia".

Em nome dos servidores e assessores falou Celso Catônio, que agradeceu a oportunidade de compartilhar tantos anos de convivência e de amizade com o desembargador. "Mais que superior hierárquico. O Des. Josué foi um orientador que nos manteve juntos e coesos na difícil tarefa de assessoramento".

O vice-presidente do TJMS, Des. João Batista da Costa Marques, mencionou as qualidades do amigo. "Não resta dúvidas que figura entre as mais significativos e honrados magistrados deste tribunal".

Falando pelo MP, a procuradora de justiça Irone Alves Ribeiro Barbosa lembrou do tempo em que conheceu Josué, quando era promotora e ele advogado em Dourados. "Confesso que fui surpreendida por sua aposentadoria, embora a considere merecida. Em nome do MP queremos agradecer pela maneira lhana com que sempre nos tratou, pelo imenso conhecimento jurídico e pela seriedade de homem honrado e trabalhador na justiça deste Estado em todos esses anos. As decisões de V.Excia foram mais humanas e por certo mais justas. Seu exemplo ficará nos anais forenses".

Em nome do Tribunal de Justiça, emocionado, o Des. Ruy Celso Barbosa Florence apontou as duas ocasiões em que atuou como juiz auxiliar da Corregedoria, sob a gestão do então Corregedor-Geral Josué de Oliveira. Citando o consagrado escritor José Ingenieros, afirmou que conviver dia a dia, por algum tempo com um ser humano virtuoso, talvez seja uma das mais significantes experiências de alguém consciente pode ter.

"A virtude se eleva sobre a moral corrente: implica certa aristocracia do coração, própria do talento moral; o virtuoso se antecipa a alguma forma de perfeição futura, sacrificando os automatismos consolidados pelo hábito. O ser virtuoso está acima do homem simplesmente honesto, pois enquanto a honestidade está ao alcance de todos, a virtude, de uns poucos eleitos. O homem virtuoso tem uma decidida preferência pelo bem: praticando-o, ensinando-o, admirando-o. O homem virtuoso tem passos rápidos, mas caminha leve. Tem inteligência e perspicácia capaz de convencer mais com seu silêncio do que com o barulho de um medíocre. Essa é a descrição perfeita do nosso Des. Josué de Oliveira".

O presidente do TJMS, Des. Joenildo de Sousa Chaves, foi o último a se manifestar, afirmando que Josué é uma magistrado exemplar para muitos juízes que já estão na magistratura e os que hão de vir. "O que marca nossa vida é nosso exemplo, nosso caminhar. O que temos se vai, mas o que somos fica. Receba, Des. Josué, nossa gratidão especial por nos permitir viver uma das mais singulares emoções da vida: o reencontro".

Traído pela emoção das homenagens, o aposentando comentou a semana de despedidas: primeiro da Seção e da Câmara Cível e do TRE/MS, e agora do Tribunal Pleno. Ele agradeceu as gentis palavras dos que se manifestaram e, ao presidente do TJMS, debitou o excesso de carinho demonstrado à amizade que os une.

"Os que passam deixam um pouco de si e levam um pouco de nós. Deixo grandes amizades, levando a alegria do trabalho realizado. Agradeço a todos que me auxiliaram nestes 34 anos de magistratura".

Josué recebeu duas placas, uma da AMAMSUL e outra do TJMS, como reconhecimento pelos anos de dedicação à justiça sul-mato-grossense.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus,br

TJ inaugura Central de Depoimento Especial nesta sexta-feira - 22/05/2014



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio da Coordenadoria da Infância e Juventude, inaugura nesta sexta-feira (23), às 17 horas, no Fórum da Capital, a Central de Depoimento Especial. O novo espaço do judiciário atende a Recomendação nº 33 do Conselho Nacional de Justiça, que sugere a implantação de sistemas apropriados para a tomada de depoimento de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes.

Conforme a coordenadora da Infância e Juventude, Desa. Maria Isabel de Matos Rocha, "a experiência do depoimento sem dano, na busca de não intimidar e constranger as crianças, é aplicada não apenas no Brasil como em diversos outros países do mundo. No território nacional teve início em 2003 no Rio Grande do Sul, Estado que hoje possui 40 locais de escuta especial. No resto do Brasil, no entanto, a quantidade de salas especiais ainda é pequena".

A desembargadora afirma que há vários anos busca implantar a iniciativa no MS e que agora, com a administração do Des. Joenildo de Sousa Chaves, foi possível a criação da Central de Depoimento Especial. A expectativa é de instalar o serviço, além da Capital, nas maiores cidades do Estado.

De acordo com a coordenadora da Central de Depoimento Especial, Fernanda Costacurta, o atendimento diferenciado começa com a acolhida da criança meia hora antes do horário agendado para o seu depoimento. Esta recepção é feita por um servidor do Núcleo Psicossocial do Fórum. Logo após, o menor é encaminhado para uma sala com brinquedos, lápis de cor, jogos, etc., em um ambiente especialmente desenvolvido para fazer a ambientação dos pequenos.

No horário agendado, a criança é então encaminhada para uma sala para ser ouvida por um técnico. O ambiente também foge da formalidade, trata-se de duas cadeiras, uma mesinha de centro e tapete, tudo para tornar o local mais aconchegante.

O menor é entrevistado unicamente pelo técnico enquanto que, em outra sala da Central de Depoimento, o juiz, promotor, advogado e demais partes do processo assistem à entrevista pela televisão. Além disso, por meio de um ponto, a entrevistadora recebe as perguntas feitas pelo magistrado e então questiona a criança para obter a informação desejada.

Os profissionais que atuarão nas entrevistas com as crianças foram capacitados pela Coordenadoria de Infância e Juventude para desenvolver uma abordagem diferenciada, evitando que as crianças revivam seus sofrimentos enquanto ouvidas. Além disso, a escuta especial usa princípios básicos da entrevista cognitiva, que trabalha o resgate da memória, propiciando uma melhora na qualidade da prova, já que o ambiente normal das audiências é um tanto intimidador.

A Central de Depoimento Especial será utilizada principalmente pela 7ª Vara Criminal, especializada em crimes contra crianças. Além da 7ª Vara, todas as demais Varas Criminais, a Vara da Infância, Juventude e do Idoso e as Varas da Violência Doméstica, utilizarão o espaço toda vez que os processos tiverem crianças como vítimas ou testemunhas.

O primeiro depoimento especial está marcado para ocorrer no dia 10 de junho, às 8h30, em um processo da 7ª Vara Criminal. A Central funcionará no 2º andar do Fórum Heitor Medeiros, situado na Rua da Paz, nº 14, Jardim dos Estados.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

DISCURSO DE SAUDAÇÃO, PROFERIDO PELA DESEMBARGADORA TÂNIA GARCIA DE FREITAS BORGES POR OCASIÃO DA POSSE DO NOVO DESEMBARGADOR

Aos trinta dias do mês de abril do ano de dois mil e quatorze.

Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Desembargador Joenildo de Sousa Chaves, na pessoa de quem saúdo todas as digníssimas autoridades componentes da mesa e todas as demais, presentes e representadas. Excelentíssimos Desembargadores deste Egrégio Tribunal de ontem e de hoje. Caríssimos colegas magistrados de 1º grau. Membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Senhores Advogados. Servidores deste Tribunal. Familiares e amigos do empossado. Senhoras e Senhores.

Hoje é dia festivo para este Tribunal, e para minha alegria, coube-me a honra de, em nome da Corte, fazer a saudação de boas vindas ao novo membro deste colegiado, o eminente magistrado Marcelo Câmara Rasslan.

A experiência adquirida pelo tempo e o esforço pessoal são elementos essenciais para permitir a realização de sonhos e desejos e, certamente, Vossa Excelência deve estar realizando hoje um sonho bastante acalentado. Sei que é forte sua emoção neste momento, mesmo porque já a experimentei há pouco mais de dez anos neste mesmo plenário, igualmente cercada de colegas, de familiares e de muitos amigos queridos. E essa singular emoção, por certo, é sentida ainda com mais profundidade, por poder vivenciá-la na presença física de seu querido genitor Sr. Aniz Rasslan, de sua esposa Simone, dos filhos Marcela, Yohan e Amanda e da neta Angelita, autora, aliás, de grandes alegrias no momento presente, que se sentem envaidecidos com o êxito conquistado pelo filho, esposo, pai e avô, agora elevado à condição de magistrado do segundo grau do Poder Judiciário Estadual.

Trago agora ao conhecimento de todos, alguns detalhes do currículo do amigo e colega Rasslan e alguns aspectos de sua personalidade.

Marcelo Câmara Rasslan é Sul-mato-grossense, nascido em Dourados, filho de Aniz Rasslan e Maria da Luz Câmara Rasslan, senhora da mais alta envergadura, e que hoje, com certeza é a estrela mais brilhante no céu que emoldura este Tribunal, e que não mediu esforços e sacrifícios para com seu esposo criar e educar seus filhos, sempre com a preocupação de transmitir-lhes os valores mais fundamentais para o seu crescimento moral e intelectual, principalmente o primado do trabalho. E Vossa Excelência soube corresponder aos anseios de seus pais. Formou-se em Direito pela FUCMAT - Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso, atual UCDB, em 10 de fevereiro de 1984. Começou a trilhar seu caminho na Magistratura Sul-mato-grossense em 7 de junho de 1988, no cargo de Juiz Substituto da 10ª Circunscrição, tomando posse em 17 de junho daquele ano.

Foi promovido, por merecimento, ao cargo de Juiz de Direito de Primeira Entrância da Comarca de Sidrolândia. Promovido, por merecimento, ao cargo de Juiz de Direito de Segunda Entrância da Vara da Comarca de Ivinhema.

Promovido, por merecimento, ao cargo de Juiz de Direito Auxiliar de Entrância Especial. Reclassificado para 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande. Designado para auxiliar a Vice-Presidência deste Tribunal de Justiça no período de 4 de fevereiro de 2003 a 31 de janeiro de 2005 e no período de 3 de fevereiro de 2009 a 4 de julho de 2010. Designado para auxiliar a Presidência deste Tribunal de Justiça no

período de 5 de julho de 2010 a 31 de janeiro de 2011. Designado para atuar perante a Câmara Cível e 1ª Seção Cível deste Tribunal de Justiça no período de 23 de maio a 11 de agosto de 2013.

Indicado pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, em sessão realizada em 15 de janeiro de 2014, para compor o Tribunal Regional Eleitoral, na classe de Juiz de Direito, como membro efetivo. E, por fim, promovido por merecimento, ao cargo de desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

O desempenho de Vossa Excelência tem merecido ao longo de sua carreira reiterados elogios, tanto por sua grande capacidade de trabalho, como por ser um juiz com excelente relacionamento com advogados, servidores e colegas da magistratura, além dos comprovados dotes de sensibilidade e bomsenso, atributos que lhe são reconhecidos pela comunidade jurídica sul-mato-grossense, e que constituem penhor de segurança para um desempenho construtivo e fecundo, segundo a expectativa da nossa sociedade e, sobretudo, dos nossos jurisdicionados. Não por acaso, Vossa Excelência exerceu o honroso cargo de Presidente da Associação dos Magistrados Sul-Mato-grossenses, no biênio 2005/2006, o que é revelador de seu espírito de liderança na defesa dos interesses da magistratura.

Agora, finalmente ingressa na magistratura de segundo grau, por conquista e mérito próprios, no cargo antes ocupado pelo eminente desembargador Hildebrando Coelho Neto, galgando, assim, o mais alto galardão de nossa profissão na jurisdição estadual. Ao Des. Hildebrando, as nossas homenagens e o justo reconhecimento pela sua marcante trajetória nesta Corte de Justiça.

Desse modo, a personalidade vibrante, a disposição para o trabalho e a vasta experiência profissional de Vossa Excelência contribuirão com as decisões colegiadas deste Tribunal, a exemplo do que fizera seu ilustre antecessor.

Portanto, esta Corte se sente engrandecida com a presença do mais novel desembargador, o qual se incorpora a um Tribunal que se orgulha da celeridade da entrega de sua prestação jurisdicional e da correção moral dos seus integrantes.

Finalizo, dando as boas vindas a Vossa Excelência, externando nosso desejo de contínuo sucesso no exercício do cargo, nesta enriquecedora atuação colegiada.

Seja muito feliz!

Muito obrigada.

DISCURSO DO DR. MARCELO CÂMARA RASSLAN AO TOMAR POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Aos trinta dias do mês de abril do ano de dois mil e quatorze.



Excelentíssimo Senhor Presidente, Desembargador Joenildo de Sousa Chaves,

Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, Dr. André Puccinelli,

Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembleia Legislativa, Deputado Jerson Domingos,

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, Dr. Humberto de Matos Brites,

Excelentíssimo Senhor Presidente da Seccional da OAB de Mato Grosso do Sul, Dr. Julio César Souza Rodrigues.

Saúdo a todos os integrantes dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, os integrantes do Ministério Público, os advogados e advogadas, nas pessoas de Vossas Excelências.

Agradeço, de coração, as presenças das autoridades, de meus familiares e amigos, e dos servidores do Poder Judiciário de nosso Estado, especialmente aqueles que se deslocaram de Glória de Dourados, Sidrolândia e Ivinhema, locais em que fui e permaneço feliz.

Destaco, entre os familiares presentes, pela dificuldade de compatibilizarem a agenda profissional com este evento, os primos e médicos Zied Rasslan e João Cândido da Câmara Neto, que são orgulho de toda a família.

Recebo, Senhor Presidente, senhoras e senhores, as palavras elogiosas a mim dirigidas pelos oradores que me antecederam, como demonstração inequívoca do respeito que o Poder Judiciário de nosso

Estado fez por merecer, graças ao trabalho profícuo de tantos, magistrados e servidores, e os guardarei com carinho, pela amizade e afeto com que me honram.

E agradeço, desde logo, aos servidores do Poder Judiciário, sem os quais nada somos capazes de realizar, ao coral que nos brindou com a apresentação virtuosa, e ao meu irmão e regente Manoel Câmara Rasslan. Todos na família, e os mais próximos, sabem que o Manoel, desde que nasci, exatamente no dia do seu primeiro aniversário, faz festa para mim.

Antes de começar o discurso propriamente dito, entendo necessário contar-lhes da surpresa agradável que tive no meu primeiro dia de magistratura. Tomamos posse no dia 16 de junho de 1988, uma quinta-feira, e no dia 17, sexta-feira, por ter sido designado para a Comarca de Costa Rica, tinha que me dirigir para Paranaíba, sede da circunscrição naquela época, e ali entrar em exercício. A viagem era longa, porque com a falta de asfalto, tive que dirigir-me até Três Lagoas, passar para o Estado de São Paulo e então retornar para Paranaíba, onde cheguei, acompanhado de meu pai e da minha esposa, já à tardinha.

Procurei o diretor do foro, Dr. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, hoje desembargador deste Sodalício, para assinar o termo de posse. De pronto, ele me disse que não seria tão simples assim, visto que estava no meu aguardo e, vendo que eu estava acompanhado por meu pai e pela minha esposa, fazia questão de uma posse solene, com direito a discurso e tudo, o que se deu. Mais que isto, após a assinatura do termo, fez servir salgados e refrigerantes. Enfim, fez uma festa, que eu acreditava ser para mim. Exatamente um ano depois, descobri que aquele dia era o aniversário do Júlio, e ele, com seu coração generoso, dividira a festa que seus funcionários prepararam para ele, atribuindo-a apenas à minha entrada em exercício na magistratura.

Agradeço-lhe, Júlio, hoje, mais uma vez e de público, o coração generoso, a acolhida afetuosa e festiva, e o exemplo que guardo até hoje. Naquele momento, me senti abraçado, amorosamente, pela magistratura do meu Estado.

Registro, também, senhor Presidente, a alegria da convivência fraterna com um ser de luz que passou por nossas vidas e nelas ainda se faz presente, e o fará por muito tempo, dada a sua força de guerreira, que venceu doença grave por mais de duas décadas, e que é um exemplo para todos nós. Refiro-me a Marilza Lúcia Fortes, mulher e gente de verdade, que nos deixou um legado de virtudes e qualidades raras nos dias atuais. Quando concorri pela primeira vez ao cargo no qual hoje sou empossado, Marilza estava hospitalizada e, ainda assim, ao visitá-la, ela externou seu desejo de me ver aqui, contou votos, indicou-me caminhos e, ainda durante a sessão do Tribunal Pleno, fez questão de telefonar e me falar, com alegria, que havia encaminhado seu voto e que nele manifestava seu apoio ao meu nome e a certeza de que teríamos sucesso. Mais que palavras, a atitude daquela guerreira me fortaleceu ainda mais, e espero que agora ilumine meus caminhos neste Sodalício. Quero, verdadeiramente, viver o seu exemplo.

"Como é bom a gente ter tido infância para poder lembrar-se dela

E trazer uma saudade muito esquisita escondida no coração.

Como é bom a gente ter deixado a pequena terra em que nasceu

E ter fugido para uma cidade maior, para conhecer outras vidas.

Como é bom chegar a este ponto e olhar em torno

E se sentir maior e mais orgulhoso porque já conhece outras vidas..."

(Manoel de Barros – Olhos parados)

Chorarei, por certo. Mas isto já não é novidade para aqueles que me conhecem. O choro, para mim, sempre haverá de ser felicidade, porque com ele agradeço, muitas vezes silenciosamente, a graça da vida, o amor do Pai, e o congraçamento com aqueles que me reconhecem como eles também são: gente, apenas, mas profundamente gente.

Primeiro, minha gratidão e amor imorredouros a três mulheres que jamais me abandonarão, porque vivem em mim e vivo por causa delas: minha mãe, Maria da Luz, e minhas avós Nabiha e Rosa. Estas últimas, fortes e altaneiras como o cedro do Líbano e a aroeira de Prudêncio Thomaz, onde nasceram, e aquela, firme e abençoada como a terra vermelha da minha Dourados, onde tudo viceja, forjaram nos filhos e nas filhas, a têmpera de luta pelo justo, a perseverança na fé, e a inquebrantável honestidade. Separadas dos esposos, foram exemplos de matriarcas que se dedicaram a cuidar dos filhos, formando-os para o futuro, calcados nos bons exemplos do passado. Vivem em mim, mas sinto não poder abraçá-las e delas receber o olhar afetuoso e compreensivo com que acolheram o menino, buscaram entender o rapaz, e dignificaram o homem.

Como elas, fortes e sempre presentes, minha irmã Tatiana e minhas tias Mahiba e Anice Rasslan, e Anary, a última dos Câmara, que aqui estão.

Aos patriarcas Aniz, meu pai, Salomão e João Cândido, meus avôs, a certeza de que me ensinaram a enfrentar meus medos, de saber que é do trabalho digno que advém o pão, e que o homem não é só, mas, sim, que é ele e as circunstâncias, e que deve preparar-se sempre para não perder, diante delas, a dignidade que nos molda o caráter.

Impossível deixar de mencionar, especialmente, pelo amor filial que a eles dediquei e pela generosidade e carinho que me engrandeceram, meus tios Azet, Sócrates e Totó, infelizmente já falecidos, aos quais se juntam os tios Sultan e Ghize, graças a Deus aqui presentes. Como eles, sublimados pelo amor, pela constância do coração aberto aos próximos, e pela certeza de serem elos indestrutíveis, meus irmãos Manoel e Anizinho e minhas irmãs Lauriza e Carime, aos quais se soma também o Walid, primo que se fez irmão, e em quem todos confiam a guarda e a certeza de acompanhar meu pai em todas as horas.

Que estes exemplos continuem a ser seguidos, como têm sido até aqui, por meus filhos Marcela Nabiha, Yohan e Amanda, que me foram dados pela Simone, companheira que escolhi há vinte e oito anos, e que neste tempo soube perdoar minhas inúmeras falhas. Se algo de bom e perene construí nesta vida, foram vocês. E, sabendo certo o perdão, atrevo-me a admitir, como recompensa divina antecipada, a existência da Angelita, minha neta, que encanta a minha vida. Agradeço a Deus, sempre, a existência e a presença de vocês em minha vida, porque sei que sem Ele, e sem vocês, eu nada seria, porque são vocês a mais bela expressão de amor que colhi em todas as primaveras.

"*Vim de longe, vou mais longe, quem tem fé vai me esperar,*

escrevendo numa conta prá junto a gente cobrar".

(Geraldo Vandré)

O vir de longe me faz lembrar a vida simples, mas intensa, que graças a Deus me foi dada viver, principalmente pelas amizades e saudades de meus pais, aos quais não me canso de agradecer.

Ainda menino, são fortes as lembranças da convivência com o Pedrinho do Cartório, com as freiras do Externato São José, com o cruzar da Praça Antonio João para pegar a charrete do Seu Libório e ir para a casa da vó Rosa, onde toda a família se encontrava. Barro e poeira vermelhos da minha Dourados.

De Fátima do Sul, que me viu crescer, não há como deixar de lembrar do Samuel Doido, do Seu Lacerda e do João Levino, Oficiais de Justiça. Do querido "tio" Adauto, pai da Aninha, que sempre aparecia quando eu fazia arte capaz de justificar eventual coça que levava do meu pai. Era ele e o Odorico, Juiz de Paz, que entregava leite em sua carroça, os que sempre me defendiam. Os passeios na ilha, para onde íamos a pé, ouvindo as músicas cantadas pelo meu pai e pela Nereide. O Dr. Alceu Soares Aguiar, que era juiz e "tio" ao mesmo tempo. O início da carreira advocatícia do Dr. Wagner Crepaldi, do Ney Rodrigues de Almeida, do Berto Luiz Curvo. Morávamos numa casa nos fundos da sapataria do Seu Luiz Sapateiro, pai do agora desembargador Luiz Tadeu. E brincávamos, misturados, todos os primos-irmãos, filhos do Aniz e da Luz, e do Sororó e da Anice, no campo do 21 de Abril. A Fátima do Sul com tantas histórias, estórias e amigos. Dali veio também o gosto pela política, nas campanhas do tio Só contra o Manfredo, que depois apoiou aquele e o ajudou a realizar "um governo que Só constrói".

Em Glória de Dourados, os áureos tempos da juventude e o início da vida adulta. Mais gente, e boa gente, se tornando amiga, como é o caso do eterno Dr. Nildo de Carvalho, a quem todas as homenagens ainda são pequenas. A alegria e a jovialidade de conviver com o Wanderley Pires de Araújo, João Cazeiro, Valdir Azevedo e o Issao Morishita, grandes amigos. Como esquecer a vivacidade do Dr. Aparício, que deixava de pagar os impostos municipais quando o prefeito era seu adversário político, e ao ser executado oferecia bens à penhora bens, descrevendo-os, jocosamente, como, por exemplo, "uma mula manca, que atende pelo nome de Primeira-Dama"? Dali, a amizade com o Dr. Moacir Costa, primeiro Promotor de Justiça daquela Comarca, com o então advogado Raphael Chociai, meu primeiro patrão, e com os amigos e irmãos de coração Sebastião Calado e Jovino Balardi. Estes últimos proporcionaram-me tudo o que pude aprender na advocacia, e são exemplos de combatentes contra a ditadura, a favor da democracia e paladinos do Direito e da Justiça.

Nessas pessoas, deposito a confiança, a esperança e a fé na Justiça que habita o coração de todas as pessoas, e que representam, na Terra, o último dos bens que desejamos ter.

"É a ponta do cipó de aroeira no lombo de quem mandou dar"

(Geraldo Vandré)

Pelo desenrolar desta fala, e pela importância dos versos de outros, que representam, numa determinada época, o pensamento e o inconformismo da sociedade brasileira diante da história que para ela escreveram, podem supor que o seu término será um brado contra a desesperança que, todos, inclusive nós, magistrados, temos contra o mundo, e que procuramos não admitir.

É certo que, vivendo o Direito e procurando fazer Justiça, exigimos soluções, sem reconhecermos, muitas vezes, as inconsistências do sistema de Justiça e da sua busca. Sem percebermos aquilo que salta aos olhos, porque não temos uma visão crítica - no sentido de refletirmos sobre o que ocorre, por que ocorre, e quais as soluções que podem ser dadas.

Ao magistrado, pensamos, compete solucionar o conflito. E apenas aquele conflito posto pelas partes. Contentamo-nos com isto. Parece que apenas isto se exige de nós. Aliás, parece que agora só nos exige quantidade, e não qualidade. Não mais importa o que foi decidido, por que foi decidido, e suas consequências. Decidiu, já está bom demais. Para as partes, que podem recorrer; para o juiz, que atinge metas quantitativas; para o CNJ, que pode apresentar o cumprimento das metas como motivo de sua existência e sobrevivência.

"*Eu vou levando minha vida enfim, cantando, que canto sim.*

E não cantava se não fosse assim, levando, para quem me ouvir,

Certezas e esperanças para trocar, por dores e tristezas que eu sei, um día ainda vão findar.

Um dia que vem vindo e que eu vivo prá cantar..."

(Geraldo Vandré)

Podemos, todos, fazer um pouco mais.

Vejamos e reflitamos, por exemplo, sobre algumas questões que são esquecidas.

O volume animalesco de processos que assola o Poder Judiciário é fruto do quê? De muitos direitos e poucos deveres? De termos uma sociedade denominada de "bacharéis do Direito"? Do fato de, num estado como o nosso, que tem uma Defensoria Pública competente e eficaz, estruturada em carreira, e com integrantes de alta capacidade técnica, sermos aquele que mais concede a assistência judiciária gratuita, sem analisarmos que muitos dela se valem não para terem a Justiça de graça -como seria ideal, porque isto é direito, e não dever -, mas para perseguirem aquilo que sabem arriscado e até impossível, onerando o Estado e a parte contrária, à custa de todos?

Isto é normal? Como agimos diante disto?

Mais: muito se fala da indústria do dano moral. Qualquer inscrição indevida nos órgãos restritivos de crédito merece a nossa repulsa. Até a manutenção daquela inscrição que era devida porque o devedor era inadimplente -, mas que se manteve por mais de cinco dias depois do pagamento, apesar de dois ou três anos de mora e após o credor "investir" em sistemas de cobrança, pessoal, assistência advocatícia e até medidas judiciais para "recuperar" o crédito com oferta de descontos - merece nossa repulsa e a consequente indenização por dano moral.

Qual a razoabilidade e proporcionalidade de fatos que assim são postos para julgamento, e quais os parâmetros, razoáveis e proporcionais, que utilizamos para decidi-los?

Pergunto-me: em vinte e seis anos de magistratura, e outros cinco, anteriores, de advocacia, quantos casos de indenização por dano moral em razão da vitimização por estupro ou outra forma de crime sexual, e mesmo por homicídio doloso, foram objeto de ação judicial?

Pior: questiono-me, qual o motivo de tais vítimas não procurarem o sistema judicial para haver a indenização em casos tais?

A resposta, infelizmente, é que parece ser mais fácil obter a indenização nos casos de inscrição restritiva indevida, do que naqueles casos em que o bem é maior que o patrimonial, efetivamente.

Esta falência aparente - aparente porque só se tem o que se busca, e não se busca o Judiciário pelas razões mais importantes, infelizmente -, deve-se ao fato de o sistema buscar soluções, apenas, sem reflexão. Pensar, parece, não é tarefa para aqueles que trabalham com o Direito.

Talvez porque nesta causa não se encontrem magistrados que vivenciem aquilo que pulsa na sociedade local, por eles julgada. Por conta disto, muitos de nós nem sequer lembramos das comunidades as quais deveríamos servir -e muitos existem que não são dignos de que sejam lembrados -e que, por não refletirmos, servem apenas de objetos de nossas decisões, de mais um degrau na carreira, de mais uma cidade pela qual passamos.

Parafraseando Belchior e lembrando a voz límpida de Elis Regina, apesar dos "*nossos ídolos ainda serem os mesmos*", "é certo que o novo sempre vem".

Vivemos tempos de reflexão e mudanças, mesmo que tardias.

A democratização do Poder Judiciário e sua efetiva estruturação para enfrentar os desafios dos novos tempos é tarefa que cabe a todos.

A extensão do rol de elegíveis para cargos de direção nos tribunais, e da base eleitoral que os elege, ganha força e, induvidosamente, terá vez e isto ocorrerá em breve.

A forma de acesso aos tribunais superiores deve ser repensada, para que tenhamos tribunais que façam e distribuam Justiça para todos, independente de grupos políticos, econômicos ou sociais, e que, principalmente, não se acovardem diante deles.

Há necessidade de reestruturarem-se funções administrativas que são centralizadas, sob pena de as levarmos à falência.

É impossível, hoje, mesmo em pequenos e médios tribunais, imaginarmos que possa haver eficiência com centralização de poderes ou funções.

Não há como dar cabo da admissibilidade dos recursos juntamente com a administração dos precatórios, nem da correição dos trabalhos judiciais com a correição das serventias extrajudiciais, porque acabamos por chancelar, com a fiscalização por amostragem, milhares de atos que nem sequer foram, efetivamente, vistos.

Há muito trabalho a ser realizado, e pouca gente -apesar de extraordinariamente competente - para realizá-lo.

Creio que também devemos refletir na importância, na quantidade de matérias sob seu crivo, e nas consequências das decisões do Conselho Superior da Magistratura, que também exige a participação de maior número de magistrados, inclusive com integração da base da judicatura à sua composição. Em alguns casos, é este Conselho que tem a palavra final em várias questões de extrema importância para a judicatura e os serviços que devem ser colocados à disposição do povo.

Perdemos, por força da aposentadoria, valores humanos de significativa representação que podem, e devem, ser aproveitados. Estão aqui, ao nosso dispor, e deles não nos valemos.

A conciliação, e até a mediação, pré e pós-processuais, têm se mostrado como ferramentas úteis, eficazes e até necessárias para resolvermos questões conflituosas e reduzirmos o volume de processos que, ao final, se apresentam quase que desnecessários.

Para isto poderíamos contar com os magistrados aposentados, experientes, hábeis e que, por não mais exercerem a jurisdição nem se dedicarem à advocacia, podem conduzir com eficácia a conciliação, com o aconselhamento às partes, com a explanação sobre todos os riscos da demanda e sobre as vantagens da auto resolução dos conflitos.

Temos força de trabalho, e eles têm força e serenidade para o trabalho. Entretanto, isto é desperdiçado porque não cuidados de arregimentá-los e oferecer à população câmaras de conciliação e até de mediação, instaladas pelo Poder Judiciário, para tratar disto.

Os juízes das varas cíveis da Capital, de forma corajosa e inédita, lançaram-se a tal trabalho, há algum tempo, e promoveram várias sessões mensais e conjuntas de audiências conciliatórias, tendo sucesso em mais de dois mil casos -o que representa mais da metade do volume de processos de uma vara cível residual local.

A iniciativa findou, infelizmente, mas pode e até deve ser renovada.

Não quero sentar-me, desde logo, na janela. Apenas indico, da minha pequenez, o que parece ser necessário neste momento que é, pelo menos, a discussão aberta e leal sobre tais questões que podem dar efetivas soluções aos jurisdicionados, e garantir sobrevida e importância real ao Poder Judiciário.

Viver, - e conviver -, ao contrário da música, é preciso!

Paulo Leminski certa vez pontuou: "*Isso de querer ser exatamente aquilo que a gente* é, *um dia vai nos levar além"*.

Se reconhecermos nossa pequenez, talvez possamos fazer mais. Estou convicto disto. É possível, sim -, e nesta quadra da vida é mais que necessário -, que o juiz seja, antes de tudo, gente. Que se misture ao povo, àquilo que é comum, simples. Que viva os problemas do dia a dia, enfrentados pela maioria. Que sofra, até, para entender aqueles que sofrem. E que, com este sentimento, perceba que as funções que exerce podem e devem levar à transformação social desejada por todos. Que solucione os conflitos e não acabe com os processos, apenas. Que se comprometa com o quanto decidiu, e perceba as consequências de sua decisão, não a relegando apenas ao interesse das partes que dela podem recorrer, se o desejarem. Que perceba que as funções que exerce devem ser bem cumpridas, que isto exige muito trabalho, e que este trabalho tem recompensa maior que os subsídios dos quais todos reclamamos. A vida e a judicância não são nem podem ser tão simples e baratas assim.

Ao mencionar esta forma de viver, sentir e distribuir Justiça, ou seja, sendo gente, convivendo e também sofrendo com gente e como gente, ser exatamente o que se é, e ainda assim buscar ir além por desempenharmos funções do Estado que permitem a transformação social positiva que todos desejamos, vêm à minha memória as pessoas queridas dos Desembargadores Marco Antônio Cândia, Jesus de Oliveira Sobrinho, Jorge Frias, Paulo Alfeu Puccinelli e Joenildo de Sousa Chaves, da Desembargadora Marilza Lúcia Fortes, e dos juízes Valdevino Antônio dos Santos e Divaldo Roque de Meira. Neles, rendo minha homenagem à magistratura, e constato que a mim muito falta para, sendo quem sou, aproximar-me de suas qualidades.

Falando de qualidades, registro meu respeito ao Desembargador Hildebrando Coelho Neto, que após profícua carreira, goza agora a justa aposentadoria que permitiu minha chegada a este Sodalício. Penso, ao contrário de muitos, que a compulsoriedade que a aposentadoria por idade determina aos agentes das carreiras públicas, não representa nem pode representar a inutilidade ou incapacidade daquele que por ela é atingido. Comenta-se que, apesar do rigor dos concursos, existem muitos que, até mais novos, parecem inúteis ou incapazes. O Desembargador Hildebrando Coelho Neto nunca o foi, não o é, nem o será. Apenas atingiu a idade merecida do descanso, que lhe permitirá desfrutar a vida com os seus familiares, com os seus amigos, sem a obrigação de dedicar-se aos outros pelo trabalho judicante. E que este novo tempo seja longo e o faça tão feliz, quanto foi toda a sociedade para as quais Sua Excelência prestou, de forma competente, os seus serviços. Sua inteligência, vivência e capacidade, permitirá que, livre das obrigações do cargo, que atue também em outras áreas, fazendo o bem, como já o tem feito.

Encaminho-me para o final.

E registro, mais uma vez, que tudo que sou, por pouco que seja, é fruto da minha convivência com gente. Com gente da melhor qualidade, algumas já referidas nesta oração como exemplos, e não como numerus clausus, o que ressalto.

A magistratura permitiu-me conviver com meus colegas de concurso Ailton Stropa Garcia, Abdala Abi Faraj, Aparecida Henrique Abreu, Geraldo de Almeida Santiago, José Ale Ahmad Netto, Mário Eduardo

Fernandes Abelha, Nélio Stábile e Vilson Bertelli. Éramos, e continuamos sendo, nove, da Nona Turma de Magistrados deste Estado. Realizamos nossos sonhos. Alguns, já se aposentaram. Aos que permanecem na carreira, falta ainda -e a sociedade continua a nos cobrar -a realização do sonho de Justiça da sociedade, mediante nossos esforços.

A magistratura permitiu-me mais, mas o tempo é exíguo, e fonte das desculpas pela ausência de registro de tantas outras pessoas que foram e são importantes na minha vida.

Coincidentemente, chego ao ápice da carreira quando Vossa Excelência, Desembargador Joenildo, que junto com sua família me acolheu como amigo e irmão, preside este Sodalício e o torna mais próximo do povo. Mais um motivo para agradecer o Altíssimo. E para colocar-me à vossa inteira disposição e ombrear-me na luta pelo melhor para a jurisdição.

Ressalto o meu agradecimento a todos os que privam da minha amizade e aqueles que trabalharam comigo e fizeram, com isto, possível a minha chegada ao cargo no qual agora fui investido. Assim foi em Costa Rica, aos quais agradeço na pessoa do escrivão Valdeci; em Sidrolândia, aos quais agradeço por meio da escrivã Romilda, e dos amigos Ademir Camilo e Márcio Brito; em Ivinhema, aos quais agradeço nas pessoas dos escrivães Valdevino, hoje na Justiça Federal do Paraná, e da Alcilene, que ali continua, e dos amigos Valter Bumbieris, Luiz Durigan, e Carlos Alberto dos Anjos, o Carlinhos, mais um irmão que a vida me deu.

Aqui em Campo Grande, o faço citando os atuais funcionários do "meu" Cartório da Segunda Vara Cível, Ana Cristina, a eterna Aninha, Mariza, Vanielly, Divânia, Margareth, e Keyla, e do meu gabinete, Luciana, Carol e Fabrícia, e os estagiários Adilson Júnior, Pedro e Marcela. Aos antigos funcionários e colaboradores, registro meu respeito nas pessoas da Glécia Leite, assessora de desembargador, e que volta à minha equipe de trabalho, da Cristiane Carvalho, hoje Procuradora do Estado, da Eliana, Procuradora da Fazenda Nacional, do Ricardo Rottuno, Promotor de Justiça, da June Veríssimo, hoje advogada da CEF, e do Leonardo Cardoso, Delegado da Polícia Federal. E os amigos Vítor Guibo, Olivar Coneglian, Wagner Saad, Fernando Campos, Elizabete Anache, Marcelo Ivo, Mansour Karmouche, Max Nantes, Marcos Polon, Fernando Abrahão e Vinicius Coutinho, meu irmão mineiro, aos quais agradeço pela paciência e tolerância comigo.

Este agradecimento brota do fundo do meu coração, e mais que engrandece a tantas pessoas que amo e pelas quais sinto que sou amado, engrandece a mim, porque sei que "só um coração agradecido pode realizar bem e melhor", como já foi dito certa vez.

À sociedade sul-mato-grossense, para a qual me obriguei, de forma livre e consciente, a prestar serviços no exercício das funções do cargo de Estado, comprometo-me, mais uma vez, a fazê-lo enquanto possa compreender seus anseios e decidir com a certeza do Justo, e peço a todos que me suportem apenas no tanto e enquanto assim eu o faça, sendo útil à sociedade. Que eu não seja humilde para com os poderosos nem poderoso para com os humildes, e sempre me afaste da arrogância e prepotência de que muitos, escudados no poder que é do povo, utilizam contra a maioria de humildes, trabalhadores, respeitosos e respeitados, sofredores, mas esperançosos num novo tempo repleto de paz e Justiça.

Permita-me, Senhor Presidente, ao encerrar meu pronunciamento, marco inicial do exercício das novas funções, pedir proteção a Deus, e quebrar o protocolo para fazê-lo simbolicamente, como aprendi a fazer sinceramente desde os primeiros dias da minha vida, pedindo a benção do meu pai, exemplo de amor incondicional, e que torna claro aquilo que todos sabem: sem amor, eu nada seria.

Muito obrigado!

Vídeo: Boletim especial sobre a posse do novo desembargador do TJ - 30/04/2014



Está disponível no Portal do TJMS a edição especial do boletim "Notícias TJMS" com as principais notícias da justiça estadual. Em destaque, a cerimônia de posse do juiz Marcelo Câmara Rasslan no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça.

Confira uma reportagem especial sobre a posse e depoimentos de autoridades presentes na solenidade.

Confira também no Youtube: http://https://www.youtube.com/watch?v=Z6lDHNfktX0&list=UUTwksVXvOrjEEOb-7Gwo46Q

DISCURSO DE SAUDAÇÃO, PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR EDUARDO MACHADO ROCHA, POR OCASIÃO DA POSSE DO NOVO DESEMBARGADOR

Aos onze dias do mês de junho do ano de dois mil e quatorze

Recebi do Presidente deste sodalício, Des. Joenildo de Sousa Chaves, a honrosa missão de proferir em nome desta Corte saudação ao empossado, Des. Amaury da Silva Kuklinski, que a partir de hoje passa a integrar este Egrégio Tribunal de Justiça, trazendo seus conhecimentos, somados a sua experiência de vida, de profissional do direito e de magistrado.

Des. Amaury, sabemos da sua dedicação ao estudo, sempre procurando se manter atualizado, bem como sua disposição para o trabalho e atendimento aos profissionais do direito, de forma que a vasta experiência profissional de Vossa Excelência, certamente em muito contribuirá com o enriquecimento nas decisões deste Tribunal, a exemplo do que fizera seu antecessor, o Des. Josué de Oliveiraque foi um exemplo de eficiência, honradez, companheirismo, saber jurídico e que nos inspirou e nos deu lições diárias de eficiência na prestação dos serviços jurisdicionais.

Parafraseando Agostinho Neto, poeta angolano, nascido em Loanda e com formação acadêmica e, Portugal disse: "*Não basta que seja pura e justa a nossa causa. É necessário que a pureza e a justiça existam dentro de nós*".

Des. Amaury, esperamos que a pureza e a justiça estejam em seu coração nos julgamentos que irá proferir juntamente com seus pares.

Finalizo parabenizando seus pais, seus filhos, sua esposa, familiares e amigos presentes nesta solenidade, dando boas vindas a Vossa Excelência, desejando felicidades e pleno sucesso no exercício do desembargo. Peço a Deus que esteja sempre à frente de suas decisões concedendo-lhe muita paz, serenidade, sabedoria e discernimento.

DISCURSO DO DR. AMAURY DA SILVA KUKLINSKI AO TOMAR POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Aos onze dias do mês de junho do ano de dois mil e quatorze



O magistrado continuamente se indaga sobre o significado e o sentido da justiça, pois é dela que vive. Valor mutável, em contínua evolução, e como a sociedade, exige constante adaptação, pois, o justo de ontem não é o justo de hoje. A sociedade cresce, os direitos e o entendimento sobre esses direitos progride constantemente, animando um sonho de melhoria das condições de toda a população brasileira.

Feliz ou infelizmente, vivenciei época bem diversa, em que os direitos sociais não eram respeitados, em que os dirigentes não eram questionados, onde aparentemente não havia mudança. Olhando para o passado verifico facilmente o progresso e a evolução, juntamente com as coisas que não fiz e deveria ter feito, e com as que fiz e não deveria ter feito, e espero ter aprendido o suficiente para somar alguma contribuição a este sodalício. Posso assegurar que nunca perdi o gosto pelo estudo e discussão do direito, e aqui espero encontrar esse diálogo.

Às pessoas que me conhecem, algumas de longa data e que aqui se encontram, posso assegurar e já constaram que, se alguma mudança houve é apenas cosmética, porque basicamente continuo a mesma pessoa, e dai decorre o exercício da profissão de magistrado. O cargo de desembargador muda as condições do exercício, mas não o exercício em si.

Aprendi cedo o gosto da amizade, porque tive o melhor irmão do mundo, o que tornou mais difícil a vida sem ele. Aprendi a valorizar a sinceridade, a honestidade e a amizade desinteressada, por mais raras que sejam. O exercício da profissão de professor fez de mim uma pessoa mais humana, com melhor compreensão da juventude, sempre uma tarefa difícil para a geração anterior, pela mudança dos valores e até dos objetivos, sem mencionar os meios. Na atividade de professor trabalha-se muito, ganha-se

pouco, incomoda-se bastante, mas compensa com a alegria dos alunos que seguem adiante e que aceitam a experiência que tentamos transmitir junto com o conhecimento. Aqui, importante destacar que, quando alunos ou recém formados, sempre julgamos saber tudo.

Já no âmbito profissional, aqueles que julgam bastar o conhecimento que possuem, enganam-se. A arrogância de achar que sabe mais do que os seus pares, deve permanecer sempre longe do julgador, afinal, a nossa origem, o concurso público, foi a mesma. Existe apenas mais ou menos experiência, aliada ao constante aperfeiçoamento, à constante vontade de conhecer. Dura tarefa a minha, substituir alguém do estofo do Des. Josué, homem afável, cavalheiro e de notório saber jurídico.

Posso apenas enfatizar o meu agradecimento profundo a todas as pessoas que presentes ou não a este ato, contribuíram para a formação do meu caráter, ensinando-me o que era correto, e juntos vivenciaram este progresso, este avanço na carreira. Vejo diversos funcionários do judiciário com quem trabalhei e que muito me honram aqui comparecendo hoje.

Agradeço especialmente a minha mãe aqui presente por ter estabelecido bem cedo que aos iguais se trata igualmente, compensando-se as desigualdades. Ao meu pai falecido agradeço a noção de diplomacia, paciência e diálogo, lições que aprendi de forma incompleta, mas que foram valiosas. A minha esposa agradeço a felicidade diária e constante. Aos irmãos aqui presentes agradeço o companheirismo e o fato de abandonando seus afazeres prestigiar-me neste dia. Ao irmão ausente, minhas saudades eternas.

Muito obrigado.

Vídeo: Confira o boletim especial com a posse do novo desembargador - 11/06/2014



Está disponível no Portal e no Youtube do TJMS a edição especial do boletim "Notícias TJMS" com as principais notícias da justiça estadual. Em destaque, a cerimônia de posse do juiz Amaury da Silva Kuklinski no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça.

Confira a reportagem especial sobre a posse e depoimentos de autoridades que compareceram na solenidade.

http://www.tjms.jus.br/intranet/noticias/materia.php?cod=26294

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Atapoã da Costa Feliz

Apelação n. 0000791-39.2008.8.12.0014 019
Apelação n. 0000829-78.2009.8.12.0026 022
Mandado de Segurança n. 4008365-14.2013.8.12.0000 026

Claudionor Miguel Abss Duarte

Mandado de Segurança n. 4013075-77.2013.8.12.0000 030
Agravo de Instrumento n. 4013076-62.2013.8.12.0000 038

Divoncir Schreiner Maran

Apelação n. 0006871-53.2011.8.12.0001 050
Apelação n. 0801396-91.2013.8.12.0008 055
Mandado de Segurança n. 1401517-60.2014.8.12.0000 059

Dorival Renato Pavan

Apelação n. 0028929-55.2008.8.12.0001 066
Apelação n. 0054659-15.2001.8.12.0001 074
Apelação n. 0802382-79.2012.8.12.0008 084

Eduardo Machado Rocha

Apelação n. 0006622-18.2010.8.12.0008 089
Reexame Necessário n. 0800659-07.2013.8.12.0035 094
Apelação n. 0806851-89.2012.8.12.0002 099

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação n. 0003321-29.2012.8.12.0029 105
Apelação n. 0009320-55.2010.8.12.0021 109
Apelação n. 0016247-29.2012.8.12.0001 114

João Maria Lós

Agravo Regimental n. 0051851-85.2011.8.12.0001/50000 119
Embargos Infringentes n. 0300086-40.2009.8.12.0011/50001 127
Mandado de Segurança n. 4009979-54.2013.8.12.0000 134

Josué de Oliveira

Apelação n. 0053294-37.2012.8.12.0001 140
Mandado de Segurança n. 0800082-16.2014.8.12.0028 145
Apelação n. 0802082-44.2013.8.12.0021 153

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação n. 0006288-36.2009.8.12.0002 164
Apelação n. 0010163-12.2012.8.12.0001 173
Apelação n. 0804460-33.2013.8.12.0001 179

Julizar Barbosa Trindade

Apelação n. 0008083-75.2012.8.12.0001 184
Apelação n. 0805359-62.2012.8.12.0002 188
Apelação n. 0806465-93.2011.8.12.0002 192

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação n. 0807959-90.2011.8.12.0002 196
Agravo Regimental n. 4009817-59.2013.8.12.0000/50000 202
Agravo Regimental n. 4012238-22.2013.8.12.0000/50000 207

Marcelo Câmara Rasslan

Apelação n. 0003729-54.2011.8.12.0029 214
Apelação n. 0040521-57.2012.8.12.0001 219
Apelação n. 0042704-06.2009.8.12.0001 225

Marco André Nogueira Hanson

Apelação n. 0000837-33.2009.8.12.0001 228
Agravo de Instrumento n. 1402491-97.2014.8.12.0000 234
Agravo de Instrumento n. 1403039-25.2014.8.12.0000 242

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação n. 0018477-15.2010.8.12.0001 248
Agravo Regimental n. 0800063-74.2013.8.12.0018/50000 252
Apelação n. 0800631-29.2013.8.12.0006 258

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação n. 0001160-59.2010.8.12.0015 262
Apelação n. 0002579-74.2011.8.12.0017 269
Apelação n. 0020394-69.2010.8.12.0001 274

Paschoal Carmello Leandro

Apelação n. 0008681-63.2011.8.12.0001 280
Apelação n. 0071611-54.2010.8.12.0001 284
Apelação n. 0801552-28.2012.8.12.0004 288

Sérgio Fernandes Martins

Apelação n. 0101546-43.2006.8.12.0046 294
Agravo Regimental n. 0800267-16.2013.8.12.0052/50000 299
Mandado de Segurança n. 4011951-59.2013.8.12.0000 304

Sideni Soncini Pimentel

Apelação n. 0035665-84.2011.8.12.0001 307
Apelação n. 0800325-03.2012.8.12.0004 315
Apelação n. 0803109-08.2012.8.12.0018 321

Vilson Bertelli

Apelação n. 0000212-39.2009.8.12.0020 326
Apelação n. 0001285-18.2010.8.12.0018 330
Apelação n. 0018091-87.2007.8.12.0001 333

Vladimir Abreu da Silva

Apelação n. 0024410-03.2009.8.12.0001 337
Apelação n. 0800037-89.2011.8.12.0004 341
Apelação n. 0800189-91.2013.8.12.0029 344

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação n. 0012341-28.2012.8.12.0002 351
Agravo de Execução Penal n. 0000687-22.2014.8.12.0019 353
Agravo de Execução Penal n. 0011352-54.2014.8.12.0001 357

Claudionor Miguel Abbs Duarte

Petição n. 4013715-80.2013.8.12.0000..... 362

Dorival Moreira dos Santos

Recurso em Sentido Estrito n. 0000396-22.2011.8.12.0053 369
Apelação n. 0037462-61.2012.8.12.0001 374
Agravo de Execução Penal n. 0041869-76.2013.8.12.0001 380

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação n. 0032272-59.2008.8.12.0001 384
Habeas Corpus n. 1404691-77.2014.8.12.0000 388
Habeas Corpus n. 1405571-69.2014.8.12.0000 396

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação n. 0001681-56.2010.8.12.0030 402
Apelação n. 0000446-93.2011.8.12.0038 407
Apelação n. 0802583-38.2012.8.12.0019 418

Manoel Mendes Carli

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0800786-38.1999.8.12.0001/50000 425
Apelação n. 0001041-73.2011.8.12.0012 435
Representação Criminal n. 1602395-35.2013.8.12.0000..... 440

Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação n. 0001043-29.2010.8.12.0028 449
Apelação n. 0004310-72.2010.8.12.0007 453
Apelação n. 0000109-69.2012.8.12.0006 459

Romero Osme Dias Lopes

Agravo de Execução Penal n. 0009315-54.2014.8.12.0001 473
Agravo de Execução Penal n. 0010607-74.2014.8.12.0001 479
Habeas Corpus n. 1401727-14.2014.8.12.0000 483

Ruy Celso Barbosa Florence

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0026066-92.2009.8.12.0001/50000..... 486
Apelação n. 0000868-98.2010.8.12.0104 495
Apelação n. 0006946-66.2010.8.12.0021 501

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE
DE ASSUNTO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Ato administrativo. Condução de motocicleta por menor sem habilitação. Penalidades. Apreensão da CNH da proprietária. Impossibilidade (0020394-69.2010.8.12.0001).....274

Ação civil pública

Antecipação dos efeitos da tutela. Tamponamento de poços subterrâneos para captação de água. Existência de rede de água e esgoto. Receio de dano irreparável configurado. Inversão do ônus da prova. Possibilidade (4013076-62.2013.8.12.0000).....038

Defensoria Pública. Ilegitimidade ativa (0001160-59.2010.8.12.0015).....262

Poluição sonora. Responsabilidade ambiental. Município. Fixação de astreintes. Possibilidade (0054659-15.2001.8.12.0001).....074

Tutela inibitória. Antecipação dos efeitos da tutela. Fechamento de estádio esportivo. Ausência de acessibilidade. Portadores de necessidades especiais. Medida desproporcional (1402491-97.2014.8.12.0000).....234

Ação coletiva

Código de Defesa do Consumidor. Dever de informar. Existência de glúten. Danos morais coletivos não configurados. Sucumbência recíproca (0071611-54.2010.8.12.0001).....284

Ação de cobrança

Seguro de vida. Suicídio. Premeditação. Não comprovação (0800063-74.2013.8.12.0018/50000).....252

Ação de prestação de contas

Prescrição. Não configurada. Ação de direito pessoal. 10 anos. Art. 205 do Código Civil. Lançamento em conta-corrente. Fornecimento de extratos (0807959-90.2011.8.12.0002).....196

Ação de restituição de valores

Repetição de indébito. Comissão de corretagem. Venda casada. Cobrança indevida. Restituição dos valores pagos (0051851-85.2011.8.12.0001/50000).....119

Alimentos provisórios

Execução. Prisão. Não cabimento. Ex-companheira. Vítima de violência doméstica. Escusa justificada. (1403039-25.2014.8.12.0000).....242

Benefício previdenciário

Pensão por morte. Lei n. 8.213/91. Idade limite. Determinação do STJ. 21 anos. Estudante. Curso universitário (0006871-53.2011.8.12.0001).....050

Pensão por morte. Novo casamento. Perda da qualidade de dependente (4008365-14.2013.8.12.0000).....026

Concurso público

Cadastro de reserva. Comprovação de vaga. Direito à nomeação (0800659-07.2013.8.12.0035).....094

Convocação de candidato. Inspeção médica. Posse. Publicação no diário oficial. Princípios da publicidade e da razoabilidade. Não ocorrência (1401517-60.2014.8.12.0000).....059

Portadora de deficiência visual. Visão monocular. Fato incontroverso. Pessoa portadora de necessidade especial (0800631-29.2013.8.12.0006).....258

Previsão de vagas em edital. Direito à nomeação (0002579-74.2011.8.12.0017).....269

Dano material

Atraso na entrega de imóvel. Aplicação do CDC. Excludente de responsabilidade. Lucros cessantes. Pagamento de aluguéis. Possibilidade. Multa cominatória. Indenização devida (0804460-33.2013.8.12.0001).....179

Dano moral

Compensação. Cheque clonado. Devolução por insuficiência de saldo. Dano moral caracterizado. Indenização devida (0801396-91.2013.8.12.0008).....055

Defesa do consumidor. Banco. Fila. Tempo de espera. Dano moral configurado. Indenização devida (0040521-57.2012.8.12.0001).....219

Saque em conta bancária. Empréstimo fraudulento. Não comprovação do dano. Mero aborrecimento. Indenização indevida (0006622-18.2010.8.12.0008) 089

Serviço de fornecimento de energia elétrica. Irregularidade no registro de consumo. Cobrança devida. Ausência de ato ilícito. Dano moral não caracterizado. Indenização indevida (0003729-54.2011.8.12.0029).....214

Transferência de contas de forma unilateral. Correntista residente em outro país. Situação de emergência. Danos morais caracterizados. Indenização devida (0016247-29.2012.8.12.0001).....114

Dano moral e material

Cobertura securitária. Condutor não habilitado. Dano moral. Indenização indevida (0008083-75.2012.8.12.0001) 184

Corte no fornecimento de água. Coproprietária do imóvel. Dano moral configurado. Quantum indenizatório (0053294-37.2012.8.12.0001).....140

Empréstimo consignado. Limitação do desconto. Retenção da aposentadoria além do limite legal. Ato ilícito configurado. Indenização devida (0800325-03.2012.8.12.0004) 315

Fornecimento de energia elétrica. Demora na ligação da unidade consumidora. Falha na prestação do serviço. Danos materiais e morais configurados. Indenização devida (0009320-55.2010.8.12.0021).....109

Embargos de terceiro

Execução. Alienação de imóvel. Fraude à execução. Inocorrência. Ausência de registro de penhora. Boa-fé (0028929-55.2008.8.12.0001).....066

Erro médico

Vide Responsabilidade civil. Médico e hospital. Dano moral. Indenização.

Execução fiscal

Penhora de 30% da remuneração do executado. Impossibilidade (4011951-59.2013.8.12.0000) 304

Honorários periciais

Cobrança. INSS. Parte vencida beneficiária da justiça gratuita (0042704-06.2009.8.12.0001).....225

Imissão de posse

Posse exercida irregularmente. Usucapião especial urbana. Ausência de animus domini. Posse precária (0018477-15.2010.8.12.0001).....248

Imunidade tributária

Associação sem fins lucrativos. Preenchimento dos requisitos. Art. 14 do CTN. Posicionamento do STF (0800189-91.2013.8.12.0029).....345

ICMS. Entidade sem fins lucrativos. Franquia dos correios. Inaplicabilidade (4009979-54.2013.8.12.0000) 134

Indenização

Embarque de menor em aeronave. Ausência de documento. Identificação de parentesco. Não ocorrência. Danos morais não configurados. Indenização indevida (806465-93.2011.8.12.0002) 192

Ferrugem asiática. Perda da lavoura de soja. Ineficácia do fungicida. Não comprovação Indenização indevida (0101546-43.2006.8.12.0046).....294

Rompimento de noivado. Danos materiais. Construção de casa. Reembolso de despesas. Danos morais não caracterizados. Indenização indevida (0000837-33.2009.8.12.0001).....228

Veículo dado em garantia. Alienação fiduciária. Inadimplência. Busca e apreensão. Purgação da mora não comprovada. Exercício regular de direito. Dano moral. Indenização indevida (0800267-16.2013.8.12.0052/50000) 299

Inventário

Arrolamento sumário. Isenção de recolhimento do ITCD. Bem imóvel. Impossibilidade. Ausência de previsão legal (4012238-22.2013.8.12.0000/50000) 207

Arrolamento sumário. Recolhimento do ITCD. Inadmissibilidade (0003321-29.2012.8.12.0029) 105

Licença maternidade

Adoção. Servidora pública estadual. Prorrogação. Possibilidade (0806851-89.2012.8.12.0002).....099

Mandado de Segurança

Termo de paralisação de atividade de micro empresa. Excesso de poder. Segurança concedida (0800082-16.2014.8.12.0028) 145

Marca

Mera semelhança de grafia e pronuncia. Violação ao direito de propriedade. Não ocorrência (0805359-62.2012.8.12.0002) 188

Parceria pecuária

Simulação. Vaca-papel. Prescrição. Configuração de decadência. Direito potestativo (0801552-28.2012.8.12.0004) 288

Penhora

Cumprimento de sentença. Empresário individual. Bens da pessoa natural. Possibilidade (4009817-59.2013.8.12.0000/50000) 202

Embargos de terceiro. Bem dado em hipoteca. Impenhorabilidade. Não incidência da exceção prevista no art. 649, VII, do CPC. Nulidade da penhora. Afastada (0000791-39.2008.8.12.0014) 19

Plano de saúde

Cirurgia. Recusa de cobertura. Cláusula contratual restritiva. Emergência. Reembolso das despesas. Possibilidade (0006288-36.2009.8.12.0002) 164

Cirurgia cardíaca. Emergência. Negativa de cobertura injustificada. Dano moral configurado. Multa. Litigância de má-fé. Exclusão (0000212-39.2009.8.12.0020).....326

Cobertura contratual. Cirurgia. Demora na autorização. Teoria da aparência. Responsabilidade de todas as operadoras do grupo Unimed. Dano moral. Indenização devida (0001285-18.2010.8.12.0018).....330

Inclusão de menor sob guarda. Dependente natural. Ausência de parentesco. Dependência econômica. Direito à inclusão (0802382-79.2012.8.12.0008) 084

Procedimento cirúrgico. Negativa de cobertura. Próteses. Recusa injustificada. Cláusula abusiva (0008681-63.2011.8.12.0001) 280

Sessões de radioterapia. Cláusula limitadora. Dano moral. Indenização devida (0010163-12.2012.8.12.0001)..... 173

Tratamento médico. Cobertura. Recusa indevida. Falha na prestação do serviço. Dano moral. Indenização devida (0802082-44.2013.8.12.0021).....153

Policial militar

Limite de idade. Ingresso na carreira militar. Edital. Lei estadual declarada inconstitucional. Impossibilidade (4013075-77.2013.8.12.0000).....030

Responsabilidade civil

Erro médico. Indenização. Conduta lesiva. Culpa. Nexo causal. Médico. Atendimento indevido. Hospital. Responsabilidade objetiva (0035665-84.2011.8.12.0001).....307

Seguro obrigatório

DPVAT. Lesão parcial e permanente. Valor razoável e proporcional (0300086-40.2009.8.12.0011/50001) 127

DPVAT. Morte. Litisconsórcio facultativo. Ingresso de outros herdeiros no pólo ativo. Saneamento do processo. Impossibilidade (0018091-87.2007.8.12.0001) 333

DPVAT. Perda do paladar e do olfato. Invalidez permanente. Indenização devida (0800037-89.2011.8.12.0004) ... 341

Reintegração de posse

Servidão de passagem. Direito de vizinhança. Imóvel não encravado. Acesso à via pública (0000829-78.2009.8.12.0026) 022

Tributário

Contribuição de melhoria. Pagamento parcelado. Terno inicial. Prescrição. Base de cálculo. Ônus do contribuinte comprovar a exação indevida (0024410-03.2009.8.12.0001) 337

Venda *ad mensuram*

Ação de abatimento. Restituição de preço. Imóveis rurais. Verificação de área menor. Laudo técnico de georreferenciamento. Medição de área. Não contraposta (0803109-08.2012.8.12.0018).....321

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Crime ambiental

Pesca e transporte de espécimes com medidas inferiores à permitida. Ausência de laudo técnico. Desnecessidade. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade (0001043-29.2010.8.12.0028) 449

Pesca predatória. Trancamento da ação penal. Princípio da insignificância. Aplicabilidade (0000396-22.2011.8.12.0053) 369

Crime contra a administração da justiça

Falso testemunho. Pena substitutiva. Prestação pecuniária. Valor inalterado (0001041-73.2011.8.12.0012).....435

Crime contra o consumidor

Manter em depósito produto impróprio ou nocivo ao ser humano. Ausência de laudo pericial. Desnecessidade (0004310-72.2010.8.12.0007).....453

Crime de desacato

Pretendida absolvição. Atipicidade da conduta. Continuidade delitiva. Majorante caracterizada. Alteração do regime prisional. Substituição da pena por restritivas de direitos. Incabível (0001681-56.2010.8.12.0030) 402

Estupro

Pretendida absolvição. Álibi defensivo não comprovado. Prova. Afastamento de causa de aumento de pena. Impossibilidade. Relação doméstica e de confiança. Comprovação (0032272-59.2008.8.12.0001).....384

Estupro de vulnerável

Subtração de incapaz. Consentimento espontâneo da vítima. Casal de namorados. Atipicidade material da conduta. Inexistência de lesão ao bem jurídico. Perdão judicial (0000446-93.2011.8.12.0038) 407

Execução penal

Unificação de penas. Preclusão e detenção. Soma. Impossibilidade (0800786-38.1999.8.12.0001/50000) 425

Furto qualificado

Desclassificação. Princípio da insignificância. Absolvição. Atipicidade material da conduta (0006946-66.2010.8.12.0021) 501

Incidente de insanidade mental

Exame de dependência toxicológica. Insurgência do MP. Elaboração do laudo por psicólogo. Possibilidade (0802583-38.2012.8.12.0019).....418

Indulto humanitário

Indeferimento. Idoso. Doença grave. Necessidade de cuidados especiais (0010607-74.2014.8.12.0001).....479

Lesão corporal

Violência doméstica. Bagatela imprópria. Inaplicabilidade (0012341-28.2012.8.12.0002) 351

Livramento condicional

Execução penal. Associação para o tráfico. Exigência de cumprimento de 2/3 da pena (0011352-54.2014.8.12.0001) 357

Prisão civil

Alimentos. Paciente recém operado. Necessidade de cuidados especiais. Revogação da prisão (1401727-14.2014.8.12.0000) 483

Prisão preventiva

Tráfico de entorpecente. Paciente primário. Pequena quantidade de droga apreendida. Liberdade provisória. Possibilidade (1405571-69.2014.8.12.0000) 396

Progressão de regime prisional

Exame criminológico. Discricionariedade do juiz (0041869-76.2013.8.12.0001).....380

Queixa crime

Crimes contra a honra. Procuração. Irregularidade. Decadência. Rejeição da denúncia (1602395-35.2013.8.12.0000) 440

Exercício arbitrário das próprias razões. Art. 345 do CP. Ilícito de natureza civil. Atipicidade de conduta. Ausência de justa causa. Queixa rejeitada (4013715-80.2013.8.12.0000) 362

Receptação

Insuficiência probatória. Não-ocorrência. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Autoria não demonstrada. Delito de dirigir sem habilitação. Absolvição. Impossibilidade (0000109-69.2012.8.12.0006) 459

Remição de pena

Falta grave. Limitação de 1/3 (um terço). Reinício de contagem (0000687-22.2014.8.12.0019).....353

Frequência escolar. Aproveitamento. Inexistência de exigência legal (0009315-54.2014.8.12.0001).....473

Roubo circunstanciado

Dosimetria da pena. Presença de duas majorantes. Súmula 443 do STJ (0026066-92.2009.8.12.0001/50000) 486

Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Confissão espontânea. Regime semiaberto. Mantido (0037462-61.2012.8.12.0001).....374

Tráfico de entorpecente

Gravidez de risco. 8º mês de gestação. Prisão domiciliar. Possibilidade (1404691-77.2014.8.12.0000).....388

Violação de domicílio

Ameaça. Concurso material. Insuficiência probatória. Presunção de inocência. Desacato. Absolvição. Atipicidade da conduta (0000868-98.2010.8.12.0104) 495